المعاوضات المالية
فى الفقه الاسلامى
على مذهب الإمام أبى حنيفة

دكتـــور
عبد الحسيب سند عطية
أستاذ الفقه المساعد
بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة
جامعة الأزهر

المعاوضات المالية

فى الفقه الإسلامى

على مذهب الإمام أبى حنيفة

دكتور

عبد الحسيب سند عطية

أستاذ الفقه المساعد

بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة

جامعة الأزهر

١٤٢٥هـ ـــ ٢٠٠٤م

الباب الأول : الربا

الفصل الاول : ماهية الربا

المبحث الاول : التعريف بالربا :

الربا فى اللغة : الزيادة والنماء ، قال تعالى : (يمحق الله الربا ويربى الصدقات)[1] ، وقال أيضا : (وما آتيتم من ربا ليربو فى أموال الناس فلا يربو عند الله)[2]
والربوة : ما ارتفع عن الأرض ، قال تعالى : (ربوة ذات قرار ومعين .)[3]

والربا فى اصطلاح الفقهاء : زيادة أحد البدلين المتجانسين من غير أن يقابل هذه الزيادة عوض[4]

المبحث الثاني : الأصل[5] فى تحريم الربا :

الأدلة على تحريم الربا كثيرة سواء من الكتاب أو السنة أو الاجماع
أ - فمن الكتاب ، قوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا

---

(١) سورة البقرة الاية ٢٧٦ (٢) سورة الروم الاية رقم (٣٩) .
(٣) سورة المؤمنون الاية ٥٠ (٤) فقه المعاملات على مذهب مالك .
(٥) الاصل فى اللغة : أسفل كل شئ وأساسه ، وفى اصطلاح الاصوليين : ماله فرع ، وهو يطلق على أربعة أشياء (أ) على الدليل غالبا ، (ب) على الرجحان (جـ) وعلى القاعدة المستمرة (د) وعلى المقيس عليه . راجع لسان العرب ١/ ٨٩ ، تيسير التحرير ١/ ٥٩ ، شرح الكوكب المنير صـ ١٠ .

الربا أضعافا مضاعفة) (١) وقال سبحانه : (الذين يأكلون الربا لايقومون إلا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس) (٢) ذلك بأنهم قالوا انما البيع مثل الربا ،وأحل الله البيع وحرم

---

(١) سورة آل عمران الاية رقم (١٣٠) ، وقد حظر الله تعالى ذلك لما فيه من الفساد ، ثم أكد الزجر عليه بقوله : (واتقوا النار التى أعدت للكافرين) فأخبر أن نار آكل الربا كنار الكافر - راجع الربا والصرف للماوردى بتحقيق المؤلف صـ ١٢١ .

(٢) والمس : يعنى الجنون ، من قولهم مس الرجل فهو ممسوس إذا جن ، وأصله اللمس باليد ، وسمى به لان الشيطان قد يمس الرجل وأخلاقه مستعدة للفساد فتفسد ويحدث الجنون ، وما تشير إليه الآية سبب بعيد ليس بمطرد ولا منعكس ،فقد يحصل مس ولا يحصل جنون ، وقد يحصل جنون ولا يحصل مس ، وهذا المعنى محكى عن ابن عباس وسعيد بن جبير والحسن ، فيكون معنى الآية على ذلك : لايقومون يوم القيامة من قبورهم إلا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان فى الدنيا من الجنون .
وقيل إن هذا ليس على الحقيقة بل على وجه التشبيه ، لأن الشيطان لايصرع الانسان على الحقيقة لقوله تعالى حكاية عنه : (وما كان لى عليكم من سلطان) فيكون المعنى أنهم يكونون كالسكران من الخمر يقطع ظهر البطن ، ونسبه إلى الشيطان لأنه مطيع له فى سكره ، راجع : روح المعانى ٣/٤٩ ، تفسير الماوردى مخطوط بدار الكتب صـ ٥٦ ، باب الربا والصرف للماوردى .
مرجع سابق صـ ١٢١ .

الربا) (١) ، وقال تعالى أيضا : يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا مابقى من الربا إن كنتم مؤمنين) (٢) ، ثم توعد على ذلك لتوكيد الزجر فقال : (فان لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله ، وان تبتم فلكم رؤوس أموالكم لاتظلمون ولاتظلمون) ثم حث الله تعالى المؤمنين القادرين على إمهال إخوانهم الفقراء فيما عليهم من ديون ، أو التصدق بها عليهم فقال سبحانه : (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) ، وهذه آخر آية نزلت من القرآن على ماروى سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : آخر مانزل من القرآن آية الربا فان نبى الله -صلى الله عليه وسلم - قبض قبل أن يفسرها ، فدعوا الربا والريبة . (٣)

---

(١) سورة البقرة الاية رقم (٢٧٥) ، وهذه الآية نزلت فى ثقيف كما يقول بعض المفسرين ، وذلك أنهم كانوا أكثر العرب ربا فلما نزل تحريم الربا قالوا : كيف يحرم الربا ، وانما البيع مثل الربا ، ويرى جمهور المفسرين أنها نزلت فى المشركين عامة حيث قالوا : إن الزيادة على رأس المال بعد مصيره على جهة الدين كالزيادة عليه فى ابتداء البيع ، وهذا خطأ ، لأن أحدهما محرم والآخر مباح ، تفسير الماوردى ١/٥٦ ، روح المعانى ٣/٥٠ ، باب الربا والصرف للماوردى صـ ١٢٢ .
(٢) سورة البقرة الاية رقم (٢٧٨ .
(٣) رواه أحمد وابن ماجة .

ب — ومن السنة : ماروى عن جابر بن عبد الله أنه قال : (لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم آكل الربا وموكله وشاهديه وكاتبه ، وقال : هم سواء) (١)

وروى عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : في خطبة الوداع : ... ألا كل شيء من أمر الجاهلية تحت قدمي موضوع ، ودماء الجاهلية موضوعة ، وان أول دم أضعه من دمائنا دم ابن ربيعة بن الحارث ، كان مسترضعا في بني سعد فقتلته هذيل ، وربا الجاهلية موضوع ، وأول ربا أضع ربانا ، ربا عباس بن عبد المطلب فانه موضوع كله ...) (٢)

جـ — وأما الاجماع : فان المسلمين قد أجمعوا على تحريم الربا من غير نكير في ذلك . (٣)

المبحث الثالث : أقسام الربا :

ينقسم الربا إلى قسمين أساسيين ، هما :

القسم الاول : ربا الفضل (٤) وهو بيع الدرهم بالدرهمين يدا بيد .

(١) رواه مسلم
(٢) هذا جزء من حديث طويل رواه مسلم .
(٣) وقد روى أن الربا لم يبح في شريعة قط ، ولذلك قال الله تعالى في ذمه لليهود : " وأخذهم الربا وقد نهوا عنه " وهي وان كانت نزلت في اليهود ، لكن يستفاد منها أن الربا قد حرم أيضا بالنسبة للنصارى ، لكون التوارة سابقة على الانجيل .
(٤) ويسميه البعض بربا النقد ، راجع الحاوي للماوردي ص ١٣١ .

القسم الثاني : ربا النساء ، وهو بيع الدرهم بالدرهمين إلى أجل وهذا هو المعهود من ربا الجاهلية .

وأضاف البعض قسما ثالثا سماه ربا اليد وهو البيع مع تأخير قبضهما أو قبض أحدهما . (١)

وقد كان في ربا الفضل اختلاف بين الصحابة ، فحكى عن ابن عباس ، وعبد الله بن الزبير وأسامة بن زيد ، وزيد بن أرقم والبراء بن عازب ، وعبد الله بن عمر ، وعبد الله بن مسعود : القول باباحته ، ويحتمل أن يكون هذا القول عن معاوية ، وقد صح ذلك أيضا عن بعض التابعين كعطاء بن أبي رباح وسعيد بن عروة .

وذهب جمهور الصحابة وأهل العلم من بعدهم إلى يومنا هذا إلى تحريمه كحرمة النساء . (٢)

تحرير محل النزاع

أجمعت الامة على تحريم ربا النساء وهو المعهود من ربا الجاهلية ، كذلك أجمعوا على تحريم التفاضل إذا اجتمع مع النساء .

(١) مغني المحتاج ٢١/٢ ، الحاوي للماوردي ص ١٣١ .
(٢) المغني ٤ /٣ ، تكملة المجموع ١٠ /٢٢ ، سبل السلام ٨٤٤/٣ ، نيل الاوطار ٢١٦/٥ .

وأما محل الخلاف فهو ربا الفضل إذا كان منفردا غير مقترن بنسيئة[١]

سبب أختلاف الصحابة والتابعين :

وسبب الخلاف يرجع الى وجود حديثين صحيحين عن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- يدلان على حل التعامل بربا النقد ويقصران الحرمة على ربا النساء ، فمن تمسك بظاهر الحديثين قال لا ربا إلا فى النسيئة ، ومن لم يتمسك بهما وهم جمهور الصحابة ومن بعدهم أوّلهما أو قال بنسخهما ، وتمسك بأحاديث أخرى كثيرة تدل على عموم التحريم فى كليهما .

أدلة كل فريق

أولا : أدلة المبيحين لربا الفضل :

تعلق القائلون باباحة ربا الفضل بدليلين من السنة وهما :

الدليل الأول : عن أسامة بن زيد أن النبى -صلى الله عليه وسلم- قال : "إنما الربا فى النسيئة)[٢]

ووجه الدلالة : أنه -صلى الله عليه وسلم- لما أثبت الربا فى النسيئة دل على انتفاء الربا فى الحال .[٣]

(١) تكملة المجموع ١٠/٢٢ .
(٢) رواه مسلم والنسائى وابن ماجة بلفظه ، والبخارى بمعناه . ١٣٢
(٣) المغنى ٤/٣ ، تكملة المجموع ١٠/٤٧ ، الحاوى للماوردى ص

الدليل الثانى : مارواه عبد الله بن الزبير الحميدى عن سفيان بن عيينه عن عمرو بن دينار عن أبى المنهال قال : باع شريك لى دراهم بدراهم بالكوفة ، وبينهما فضل ، فقلت : ماأراه يصلح هذا ، فقال : لقد بعتها بالسوق فما عاب علىّ ذلك أحد فأتيت البراء بن عازب فسألته فقال : قدم رسول الله -صلى الله عليه وسلم المدينة وتجارتنا كذا ، فقال النبى -صلى الله عليه وسلم- : " ماكان يدا بيدا فلا بأس به ، وما كان نسيئة فلا خير فيه " وأتيت زيد بن أرقم فانه كان أعظم تجارة منا ، فأتيته فسألته فقال لى مثل ذلك .[١]

ثانيا : أدلة الجمهور :

استدل الجمهور على تحريم ربا الفضل بالأحاديث التالية :

١ - فعن أبى سعيد الخدرى قال : جاء بلال إلى النبى -صلى الله عليه وسلم- بتمر برنى ، فقال النبى -صلى الله عليه وسلم- له : من أين هذا يابلال ؟ قال : كان عندنا تمر ردئ فبعت صاعين بصاع ليطعم النبى صلى الله عليه وسلم فقال النبى -صلى الله عليه وسلم- : " آه ، عين الربا لاتفعل ، ولكن إن أردت أن تشترى فبع التمر ببيع آخر ثم اشتر به)[٢]

(١) رواه البخارى ومسلم والنسائى (٢) رواه مسلم بلفظه .

٢ ــ ما روى عن أبى سعيد الخدرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " لاتبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل ولاتشفعوا بعضها على بعض ، ولاتبيعوا الورق بالورق إلا مثلا بمثل ، ولاتشفعوا بعضها على بعض ، ولاتبيعوا منها غائبا بناجز " (١)

٣ ــ ما روى عن عبادة بن الصامت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " لاتبيعوا الذهب بالذهب ، ولا الورق بالورق ، ولا الشعير بالشعير ، ولا التمر بالتمر ، ولا الملح بالملح إلا سواء بسواء ، عينا بعين ، يدا بيد ، ولكن بيعوا الذهب بالورق والورق بالذهب ، والبر بالشعير ، والشعير بالبر ، والتمر بالملح ، والملح بالتمر ، يدا بيد ، كيف شئتم فقال : ونقص أحدهما التمر والملح وزاد الآخر ، فمن زاد أو ازداد فقد أربى " (٢)

٤ ــ ما روى عن أبى هريرة ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " الدينار بالدينار ، والدرهم بالدرهم لافضل بينهما " (٣)

٥ ــ ما روى عن عثمان بن عفان قال : قال رسول الله صلى الله عليه

(١) متفق عليه ، وتشفعوا بضم التاء ، أى لاتجعلوا بعضها زائدا على بعض .
(٢) رواه الشافعي في مسنده بلفظه ، ورواه مسلم بمعناه ، وأراد بقوله : زاد أى أعطى الزيادة ، وبقوله : ازداد أى أخذ الزيادة أو طلبها . (٣) رواه مسلم والنسائى .

وسلم : " لاتبيعوا الدينار بالدينارين ، ولا الدرهم بالدرهمين " (١)
ووجه الدلالة من هذه الاحاديث كلها أنها صريحة فى حرمة ربا الفضل والنسيئة على السواء بغير تفريق بينهما .

تحقيق ما نسب إلى كل واحد من القائلين باباحة ربا الفضل :

قبل أن نناقش أدلة المبيحين ، رأيت من المناسب أن أتحقق من حقيقة قول كل واحد من الصحابة والتابعين الذين نسب إليهم القول بالاباحة حتى يقف القارئ على حقيقة رأى كل منهم ، ولقد وجدت الامام السبكى رحمه الله تعقب ما نسب إلى كل منهم بتفصيل أجمله فيما يأتى : (٢)

أ ــ فأما ابن عباس فقد روى عنه صراحة فى أكثر من رواية أنه كان يفتى باحلاله واباحته محتج بحديث أسامة السابق ، وقد روى القول بذلك عن ابن عباس جماعة من أصحابه منهم : أبو الجوزاء وعبد الرحمن بن أبى نعيم وغيرهما .. ولكن حكى عنه فيما بعد أنه رجع عن قوله على ما سنفصله أثناء المناقشة .

ب ــ وأما ابن عمر فقد روى عن أبى نضرة أنه قال : سألت ابن عمر وابن عباس عن الصرف فلم يريا به بأسا ... إلى آخر حديثه وفيه : فأتيت ابن عمر بعد فنهانى ، ولم آت ابن عباس "

(١) رواه مسلم ومالك .
(٢) تكملة المجموع ١٠ / ٢٢ : ٢٨ .

وقد حمل العلماء ذلك على أنه ممن كان يقول باباحته ثم رجع .

جـ ـ وأما ابن مسعود فروى الامام الشافعي في كتاب أحكام على وابن مسعود عنه قال : " لا بأس بالدرهم بالدرهمين " وقد قيل إنه رجع عن قوله هذا ويدل عليه ما رواه البيهقي باسناد كله ثقات مشهورون ، وقد قال في نهاية الحديث : " يا معشر الصيارفة ، إن الذى كنت أبايعكم لا يحل ، لا تحل الفضة إلا وزن بوزن "

د ـ وأما معاوية فلم يحقق ذلك عنه ، ولكن روى عنه شيء محتمل لذلك ولغيره ، وجرت له في ذلك قصة مع عبادة بن الصامت رضي الله عنهما مشهورة .

هـ ـ وأما أسامة ، فقد قال السبكي : لا أعلم عنه شيئا في ذلك إلا روايته عن النبي صلى الله عليه وسلم " إنما الربا في النسيئة " ولا يكفي ذلك في نسبة القول إليه .

و ـ وأما البراء وزيد بن أرقم فقد قال السبكي : لا أعلم النقل عنهما صريحا في ذلك الا ما روى عن أبي المنهال مما استدل به المخالفون .

ل ـ وأما ابن الزبير فقد قال السبكي عنه : لم أقف على إسناد إليه بذلك ، وانما الشيخ أبو حامد والماوردي وأبو محمد المقدسي حكوه عنه .

ى ـ وأما التابعون فقد قال الشافعي في كتاب اختلاف الحديث " وكان ابن عباس لا يرى في دينار بدينارين ولا في درهم بدرهمين يدا بيد بأسا ، ويراه في النسيئة " وكذلك عامة الصحابة .

مناقشة أدلة المبيحين

١ ـ فأما حديث أسامة فقد أجيب عنه من ثمانية أوجه ، من هذه الأوجه وجهان تضمنهما كلام الشافعي رحمه الله ، فانه قال في كتاب اختلاف الحديث بعد أن ذكر خبر أسامة ، وأخبار عبادة وأبي هريرة وأبي سعيد وعثمان الدالة على التحريم " فأخذنا بهذه الأحاديث التي توافق حديث عبادة ، وكانت حجتنا في أخذنا بها وتركنا حديث أسامة بن زيد ـ إذ كان ظاهره يخالفها ـ قول من قال إن النفس على حديث الاكثر أطيب ، لانهم أشبه أن يحفظوا من الأقل ، وكان عثمان وعبادة أسن وأشد تقدم صحبة من أسامة ، فان قال قائل : فهل يخالف حديث أسامة أحاديثهم ؟ قيل : إن كان يخالفها فالحجة فيها دونه لما وصفنا ، فان قيل فأنى ترى هذا ؟ قيل والله أعلم ، قد يحتمل أن يكون سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يسأل عن الربا في صنفين مختلفين ذهب بفضة أو تمر بحنطة ، فقال : " إنما الربا في النسيئة "

فحفظه فأدى قول النبي صلى الله عليه وسلم ، ولم يؤد مسألة السائل ، فكان ما أدى منه عند من سمعه ألا ربا إلا في النسيئة(١)

هذا جواب الشافعي رضي الله عنه وهو مشتمل على الترجيح والتأويل ، فهما جوابان ، يعني إن كان حديث أسامة جوابا لمن سأل عن صنفين فهو موافق لبقية الأحاديث لايخالفها ، فيكون حديث أسامة مجمل ، وحديث عبادة وأبي سعيد وغيرهما مبين فوجب العمل بالمبين وتنزيل المجمل عليه ، وان لم يكن كذلك وكان مخالفا لها ، فالعمل بالراجح متعين ، ورواية جماعة أرجح من رواية واحد .(٢)

الجواب الثالث : أنه محمول على الجنس الواحد ، يجوز التماثل فيه نقدا ولايجوز نسيئة .(٣)

الجواب الرابع : أن الحديث محمول على غير الربويات كبيع الدين بالدين مؤجلا ، بأن يكون له عنده نقد موصوف فيبيعه بعبد موصوف مؤجلا ، فان باعه به حالا جاز .(٤)

الجواب الخامس : النسخ بالأحاديث الدالة على التحريم ، وقد أجمع المسلمون على ترك العمل بظاهره ، وهذا يدل على نسخه(٥)

---

(١) مختصر المزني صـ ١٣١ (٢) تكملة المجموع ١٠ / ٤٨
(٣) الحاوي للماوردي صـ ١٣٥ .
(٤) صحيح مسلم بشرح النووي ١١ / ٢٥ .
(٥) المرجع السابق .

على أن ابن عباس المستدل بحديث أسامة رجع عن مذهبه حين لقيه أبو سعيد الخدري ، وقال له : يا ابن عباس : إلى متى تأكل الربا وتطعمه الناس ، وروى له حديثه عن النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال ابن عباس : " يا أيها الناس إن هذا ربا كان مني واني أستغفر الله وأتوب إليه "(١)

الجواب السادس : أن المعنى في قوله "إنما الربا" أي الربا الأغلظ الشديد التحريم المتوعد عليه بالعقاب الشديد ، كما تقول العرب : لا عالم في البلد إلا زيد ، مع أن فيها علماء غيره ، وانما القصد نفي الأكمل لا نفي الأصل .(٢)

الجواب السابع : أن نفي تحريم ربا الفضل من حديث أسامه إنما هو بالمفهوم ، فيقدم عليه حديث أبي سعيد ، لأن دلالته بالمنطوق ، ويحمل حديث أسامة على الربا الاكبر .(٣)

الجواب الثامن : أن مفهوم حديث أسامة عام ، لانه يدل على نفي ربا الفضل عن كل شيء ، سواء كان من الأجناس المذكورة في أحاديث الباب أم لا ، فهو أعم منها مطلقا ، فيخصص هذا المفهوم بمنطوقها .(٤)

---

(١) تكملة المجموع ١٠ / ٢٨ ، سبل السلام ٣ / ٨٤٤ .
(٢) نيل الاوطار ٥ / ٢١٦ .
(٣) المرجع السابق .
(٤) المرجع السابق .

٢ ـ وأما حديث البراء وزيد بن أرقم فمنسوخ ، لأنه مروى عن أول الهجرة ، وتحريم الربا متأخر ، وأيضا فان الحميدى وهو راوى الحديث قد أشار إلى ذلك .

قال السبكى : لكن الصحيح عند الأصوليين أن قول الراوى هذا منسوخ لايرجع إليه ، لجواز أن يكون قال ذلك من طريق الاجتهاد .(١)

فان لم يثبت النسخ فان أحاديث التحريم ترجح على أحاديث الاباحة وهو حاصل بأمور :ـ(٢)

منها : أن رواية أحاديث التحريم أكثر كما سبق النقل عن الشافعى ، فانه قال : ورواية خمسة أولى من رواية واحد .

ومنها : أنهم أسن ، فان فيهم عثمان ، وعبادة وغيرهما ممن هم أسن من البراء وزيد .

ومنها : الترجيح بالحفظ ، فان فيهم أبا هريرة وأبا سعيد وغيرهما ممن اشتهروا بالحفظ أكثر من البراء وزيد بن أرقم .

ومن المرجحات أيضا : أن حديث البراء وزيد مبيح ، وأحاديث عبادة وأصحابه محرمة ، وإذا تعارض المقرر والناقل ، فالمرجح الناقل عن حكم الاصل عند الجمهور .

---

(١) الحاوى للماوردى صـ ١٣٥ ، تكملة المجموع ١٠/ ٥٠ .

(٢) تكملة المجموع ١٠/٥٢ .

الرأى المختار

بعد أن استعرضنا أدلة الجمهور وأدلة المخالفين ، فقد تبين لنا أن الرأى الراجح فى ذلك هو رأى الجمهور ، لقوة أدلتهم ورجاحتها على ما استدل به ابن عباس ومن وافقه ، هذا إضافة إلى أن هذا الرأى هو الذى يتفق مع روح التشريع فى التشديد فى منع التعامل الربوى أيا كان نوعه .

ومما يؤيد ماذهبنا اليه أن ابن عباس ، وهو أكثر من ينسب اليه القول باباحة ربا الفضل قد نقل عنه أنه رجع عن رأيه كما ذكرنا آنفا ، وكذلك نقل عن غيره من الصحابة والتابعين ممن قالوا باباحة ربا الفضل القول بالرجوع ، وقد ذكرنا فى ذلك مايغنى . والله أعلم .

المبحث الرابع : علة الربا :

اتفق الفقهاء قاطبة على تحريم الربا بنوعيه فى الاصناف الستة التى ورد بها الخبر عن النبى صلى الله عليه وسلم ، وهى التى ذكرت فى حديث عبادة بن الصامت الذى سبق ذكره ، وفى غيره من الأحاديث التى رواها غيره ، ولكنهم اختلفوا فيما عدا ذلك من الأجناس ، أيتعدى الحكم اليها أم لا ؟

١ ـ فذهب نفاة القياس وهم الظاهرية ومن معهم إلى أن الربا

لايقع في غير هذه الاصناف الستة ، تمسكا بالنص ونفيا للقياس(١)
وعلى ذلك فقد قالوا إن ماعدا الاصناف الستة يبقى على أصله
وهو الاباحة ، بقوله تعالى : (وأحل الله البيع وحرم الربا)
وهؤلاء يرد عليهم باثبات أن القياس حجة ، وهذا موضعه أصول
الفقه كما يرد عليهم بظاهر الأدلة التالية ، (٢)

قول الله تعالى (وأحل الله البيع وحرم الربا) والربا اسم
للزيادة والفضل من طريق اللغة والشرع ،
أما اللغة : فكقولهم قد ربا السويق (٣) اذا زاد ، وقد أربى على
في الكلام إذا زاد في السب ، وهذه ربوة من الأرض إذا زادت
على ما جاورها ،
أما الشرع : فكقوله تعالى (يمحق الله الربا ويربي الصدقات(٤)
أي يضاعفها ويزيد فيها ، وكقوله : (فاذا أنزلنا عليها الماء
اهتزت وربت) (٥) أي زادت ونمت ، واذا كان الربا على ما
ذكرنا اسم للزيادة لغة وشرعا فقد دل عموم الآية التي استدلوا
بها على تحريم الفضل والزيادة إلا ما خص بدليل ،

٢ ـ وأيضا فقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع

(١) المحلى ٩/٥٠٣
(٢) الحاوي للماوردي ص ١٤٧ ، ٥/٤ ،
(٣) قيل بالصاد أيضا ، والجمع أسوقة ، وهو مايتخذ من الحنطة ،
والشعير ، تاج العروس ٦/٣٨٨ ، لسان العرب ١٢/٣٦ ،
(٤) سورة البقرة آية ٢٧٦ (٥) سورة الحج آية ٥ ،

الطعام بالطعام إلا مثلا بمثل " (١) والطعام اسم لكل مطعوم من
بر وغيره في اللغة والشرع ،
أما اللغة : فلقولهم طعمت الشيء أطعمه ، وأطعمت فلانا كذا ،
إذا كان الشيء مطعوما ، وان لم يكن برا ،
وأما الشرع فلقوله تعالى : (كل الطعام كان حلا لبني
اسرائيل (٢) يعني كل مطعوم ، فأطلق عليه اسم الطعام ،
وقوله : (فمن شرب منه فليس مني ، ومن لم يطعمه فانه مني) (٣)
فسمى الماء مطعوما لأنه مما يطعم ،
وقالت عائشة رضي الله عنها : " عشنا دهرا ومالنا طعام إلا
الأسودان ، التمر والماء) (٤) واذا كان إسم الطعام بما وصفنا من
شواهد اللغة والشرع ، يتناول كل مطعوم من بر وغيره ، كان نهيه
صلى الله عليه وسلم ، عن بيع الطعام بالطعام محمولا على عمومه
في كل مطعوم إلا ما خص بدليل ،
فان قيل : فهذا وان كان عاما فمخصوص ببيان النبي صلى الله
عليه وسلم الربا في الأجناس الستة ، أجيب بأن بيان بعض ما
يتناوله العموم لايكون تخصيصا لأنه لاينافيه ، (٥)

(١) رواه مسلم والبيهقي ،
(٢) سورة آل عمران الاية ٩٣ ،
(٣) سورة البقرة الاية ٢٤٩ ،
(٤) رواه مسلم
(٥) التبصرة للشيرازي ص ١٨٨ ، الحاوي ص ١٤٩ ،

٣ ـ أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ نص على البر وهو أعلى المطعومات ، وعلى الملح وهو أدنى المطعومات ، فكان ذلك منه تنبيها على أن ما بينهما لاحق بأحدهما ، لأنه ينص تارة على الأعلى لينبه به على الأدنى كما قال تعالى : (ومن أهل الكتاب من إن تأمنه بقنطار يؤده إليك) (١) فنبه به على الأدنى ، وينص تارة على الادنى لينبه به على الأعلى كما قال في بقية الآية السابقة (ومنهم من إن تأمنه بدينار لا يؤده إليك فنبه به على الأعلى ، فاذا ورد النص على الأعلى ، والأدنى كان أوكد تنبيها على ما بينهما ، وأقوى شاهدا على لحوقه بأحدهما .

وذهب جمهور العلماء إلى أن الربا لا يختص بهذه الستة ، بل يتعداها إلى ما في معناها ، وهو كل ما يشترك معها في العلة ولكنهم اختلفوا في هذه العلة على حسب اختلاف أنظارهم بعد اتفاقهم على اعتبار الجنس ، واليك آراؤهم في ذلك .

(١) سورة آل عمران ، الاية ٧٥ .

أولا : آراء العلماء في العلة في غير الذهب والفضة :

أختلف العلماء في ذلك على مذاهب شتى نبرز أشهرها فيما يأتي :-

الرأي الاول :

ويرى أصحابه أن العلة في غير الذهب والفضة هي الجنس والقدر " الكيل والوزن " وهذا هو مذهب الحنفية وأحمد في أشهر الروايات عنه . (١)

وعلى ذلك فيثبت الربا في كل ما كان مكيلا وان لم يكن مأكولا كالجص (٢) والنورة (٣) ، و ينتفي عما كان غير مكيل ولا موزون وان كان مأكولا كالبيض .

ويستدل هؤلاء بما يأتي :

١ ـ ما روى عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " لا ربا إلا في ذهب أو فضة ، أو مما يكال

(١) تبيين الحقائق ٤ / ٨٥ ، الهداية ٣ / ٦١ ، المغني ٤ / ٥ .
(٢) الجص هو الذي يطلى به ، ورجل جصاص أي صانع للجص لسان العرب ٨ / ٢٧٥ ، تاج العروس ٤ / ٣٧٧ .
(٣) النورة عند أهل مصر : الجير ، وتطلق اذا مزج بالزرنيخ لازالة الشعر ، تذكرة أولى الالباب ١ / ٧٧ .

أو يوزن ويؤكل ويشرب " (1) فنص على • على القدر • فاقتضى ذلك أن يكون علة للحكم • ولكن قال الدارقطنى : إنما هو من قول ابن المسيب مرسل •

٢ ـ ولان التساوى فى بيع البر بالبر مباح • والتفاضل فيه محظور وليس يعلم التساوى المباح من التفاضل المحظور إلا بالكيل فوجب أن يكون الكيل علته للحكم • لأنه به يمتاز المباح من المحظور •

الرأى الثانى :

ويرى أصحابه أن العلة فيما عدا الذهب والفضة هى الاقتيات والادخار • وهذا هو مذهب المالكية • وقد فسر الاقتيات بالأكل لقيام البنية به • وأما الادخار فمعناه • : تأخيره لوقت الاحتياج إليه • وقيل : ان حد الادخار ستة أشهر • ولابد من كون هذا الادخار معتادا • فلا يعتبر الجوز والرمان لندرته • وقد ألحق المالكية بالاقتيات إصلاح المقتات • (2)

وبناء على ذلك يثبت الربا عند أصحاب هذا الرأى فى كل مطعوم إذا كان مقتاتا مدخرا • وينتفى عما لم يكن مقتاتا كالفواكه

(1) رواه الدارقطنى وابن حزم منقطعا •

(2) شرح منح الجليل على مختصر خليل ٢/٥٣٧ • أسهل المدارك ٢/٢٣٤ • وانما ألحق المالكية بالاقتيات مايصلحه ليدخل الملح فى الربويات • لانه ليس بمقتيات •

وعما كان مقتاتا ولم يكن مدخرا كاللحم •

استدل المالكية على مذهبهم بأنه لو كان المقصود الطعم وحده فى الاصناف الأربعة • لاكتفى بالتنبيه على ذلك بالنص على واحد منها • فلما ذكر منها عددا علم أنه قصد بكل واحد منها التنبيه على مافى معناه • وهى كلها يجمعها الاقتيات والادخار (1)

الرأى الثالث :

وهو مذهب الشافعى أنه مطعوم جنس • وهذا هو مذهب الامام أحمد فى رواية عنه • (2)

والدليل على أن الطعم علة عند هؤلاء ما يأتى :ـ

١ ـ ما رواه معمر بن عبد الله قال : كنت أسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : " الطعام بالطعام مثلا بمثل " (3)
فكان عموم هذا الخبر إشارة إلى أنه علة الربا الطعم • لأن الحكم إذا علق باسم مشتق من معنى كان ذلك المعنى علة لذلك الحكم • كحد الزانى لأن اسمه مشتق من الزنا • وقطع

(1) بداية المجتهد ٢/١٣١ •

(2) يرى بعض الشافعية أن العلة فى الأربعة كونها مأكولة جنس ومن المعلوم أن الطعم أعم من الأكل • لأن الاكل فى اللغة هو ما أكل • تقول : أكلت أكلة • أى مرة واحدة حتى تشبع أما الطعم • فهو أعم من الاكل أو الذوق • يقال : طعم =

السارق لان اسمه مشتق من السرقة ٠

٢ ـ ولان الأكل صفة لازمة لذات المعلول ٠ والكيل صفة زائدة عن المعلول ٠ والصفة اللازمة أولى أن تكون علة من الصفة الزائدة ٠

٣ ـ ولان الأكل علة يوجد الحكم بوجودها ويعدم بعدمها والكيل علة يوجد الحكم مع عدمها ٠ ويعدم مع وجودها وذلك أن الزرع إذا كان حشيشا أو قصيلا لا ربا فيه لعدم الأكل عند الشافعية ولعدم الكيل عند الحنيفية ٠ فاذا صار سنبلا ثبت فيه الربا عند الشافعية لكونه مأكولا ٠ ولذلك يثبت فيه الربا عند الحنفية مع أنه غير مكيل ٠ فان قيل يصير مكيلا قيل وكذلك إذا كان حشيشا ٠ فاذا صار السنبل خبزا ثبت فيه الربا على هذا الرأى ، لأنه مأكول ٠ وثبت فيه أيضا على الرأى الآخر مع أنه غير مكيل ٠ فان قيل يحصل فيه الربا لانه موزون ٠ قيل : ماثبت فيه الربا لا تختلف علته باختلاف أوصافه فاذا صار الخبز رمادا فلا ربا فيه عند الشافعية ولاغيرهم لكونه غير مأكول ولا مكيل ٠ فثبت بذلك أن التعليل بالطعم كما

= يطعم طعما فهو طاعم إذا أكل أو ذاق ٠ فكل مطعوم مأكول والعكس غير صحيح ٠ وبناء على ذلك اختلف الشافعية في الماء العذب هل يدخله الربا أم لا على فريقين ٠ فعلى الرأى القائل بالطعم يثبت فيه الربا دون العكس ٠ مغنى المحتاج ٢ / ٢٢ ٠ المجموع ٩ / ٤٤٨ ٠ لسان العرب ٣ / ١٩ ٠ مختار الصحاح ٤ / ١٦٢٤ ٠ المغنى ٤ / ٦ (٣) رواه مسلم ٠

يراه أصحاب هذا المذهب ، يؤدى إلى أن يوجد الحكم مع وجود العلة ٠ ويعدم بعدمها ٠ وأما علة الحنفية فيوجد الحكم مع عدمها كما فى السنبل ٠ ويعدم الحكم مع وجودها كما فى الرماد

هذا عن اثبات قول من قال ان العلة هى الطعم ٠ ونفى قول من قال انها الكيل والوزن ٠

وأما المالكية فيرد عليهم بأن الرطب قد أثبتم فيه الربا مع أنه ليس بمدخر ٠ فان قالوا إن الرطب يؤول إلى حال الادخار فى ثانى حاله ٠ أجيب بأن الرطب الذى لايصير تمرا لايؤول إلى حال الادخار وفيه الربا ٠

وأما قولهم بالاقتيات فيرد عليه بأن الملح ليس كذلك ٠ فان قالوا انه مما يصلح القوت ٠ أجيب : بأن التمر والزبيب قوتان ولا يصلحان بالملح وكذلك فان القول بذلك سيدخل النار والحطب فى الربويات لانه يصلح بهما بعض الاقوات ٠ (١)

وعلى ذلك يترجح لدينا قول من قال إن العلة فى الاصناف الأربعة هى الطعم ٠

---

(١) راجع فى بيان رأى الشافعية والرد على مخالفيهم الحاوى للماوردى بتحقيق المؤلف ص ١٥٨ ٠

ثانيا : آراء العلماء فى علة الربا فى الذهب والفضة

انقسم الفقهاء فى تعليلهم للربا فى الذهب والفضة إلى فريقين :-

١- الفريق الاول : ويرى أصحابه أن العلة فى الذهب والفضة الوزن مع الجنس، وهذا هو مذهب الحنفية ، وأحمد فى رواية عنه .(١) فكأن العلة عندهم متحدة فى الأصناف الستة وهى القدر مع الجنس .

٢ - الفريق الثانى : ويرى أصحابه وهم عامة العلماء من الشافعية والمالكية ، وأحمد فى رواية ، أن العلة فى الذهب والفضة كونهما جنس الاثمان غالبا .(٢)

أدلة الحنفية ومن وافقهم :

استدل الحنفية بالاضافة للأدلة العامة السابقة بأدلة خاصة نجملها فيما يأتى :-(٣)

أ - أن ثبوت الربا فى الذهب والفضة مستفاد بالنص، ولا فائدة فى استنباط علة يستفاد منها حكم أصلها حتى لايتعدى إلى

---

(١) البناية شرح الهداية ٦/٥٢٥ ، المبسوط ١٢/١١٣، المغنى ٤/٦

(٢) مغنى المحتاج ٢/٢٥ ، المجموع ٩/٤٤٧ ، الحاوى ص ١٧١

(٣) المرجع السابق ص ١٧٢ .

غيرها ، والتعليل بالوزن متعد ، وبالأثمان غير متعد .

ب - أنه لو جاز تعليل الذهب والفضة بكونهما ثمنا وذلك غير متعد لجاز تعليلهما بكونهما فضة وذهبا ، فلما لم يجز أن يعلل الذهب بكونه ذهبا ولا الفضة بكونها فضة لعدم التعدى لم يجز أن يعلل بكونهما ثمنا لعدم التعدى .

أدلة الجمهور :

استدل الجمهور على صحة مذهبهم بالأدلة التالية :-

أ - ان التعليل بالوزن يثبت الربا فى الموزون من الصُّفْر(١) والنحاس والقطن والكتان ، ولو ثبت فيه الربا بعلة الوزن كما ثبت فى الذهب والفضة بهذه العلة ، لوجب أن يستوى حكم معموله ومكسوره فى تحريم التفاضل فيه ، كما استوى حكم معمول الذهب والفضة ومكسورة فى تحريم التفاضل فيه ، فلما جوزوا التفاضل فى معمول الصفر والنحاس دون مكسوره وتبره(٢) حتى أباحوا بيع طشت بطشتين ، وسيف بسيفين ، ولم يجوزوا التفاضل فى معمول الفضة والذهب ، ومنعوا بيع خاتم بخاتمين وسوار بسوارين ، فقد دل ذلك على افتراقهما فى

---

(١) الحاوى ص ١٧٣ ، فتح العزيز ٨/١٦٤ ، المهذب ١/٢٧٠

(٢) الصفر : بضم الصاد أو بكسرها ، هو الذى تعمل منه الاوانى وقيل ضرب من النحاس لسان العرب ٦/١٣١، مختار الصحاح ٢/٧١٤

(٣) التبر : هو الذهب كله ، ولايقال تبراء الا للذهب ، وقال بعضهم الفضة أيضا : لسان العرب ٥/١٥٥ .

فى العلة ، واختلافهما فى الحكم ، ولو اتفقا فى العلة لاستويا فى الحكم ، فبطل أن يكون الوزن علة الحكم .

ب ـ أنه لو كان الوزن فى الذهب والفضة علة يثبت بها الربا فى موزون الصفر والنحاس لوجب أن يمنع من اسلام الذهب والفضة فى الصفر والنحاس لاتفاقهما فى علة الربا ، كما منع من إسلام الفضة فى الذهب ، لاتفاقهما فى علة الربا ، فلما جاز إسلام الذهب والفضة فى الصفر والنحاس ، ولم يجز إسلام الفضة فى الذهب دل على افتراق الحكم بين الفضة والذهب وبين الصفر والنحاس فى علة الربا ، فبطل الوزن علة الربا .

مناقشة أدلة الحنفية :

انصب اعتراض الحنفية على تعليل الجمهور ، بأن علة الثمنية التى قالوا بها غير متعدية إلى غيرها ، فلا فائدة إذن من استنباطها ، ولكن يمكن الرد على ذلك بأنه ربما حدث مايشاركها فى المعنى فى زمن من الأزمان ، وهو ماحصل فى أيامنا هذه فيتعدى الحكم اليه .(١)

---

(١) الحاوى صـ ١٧٥ .

أوراق البنكنوت :

بعد هذا البيان لعلة الربا فى الذهب والفضة ، يجدر بنا فى هذا المقام أن نشير إلى قضية من قضايا العصر ، وهى مسألة التفاضل والنسيئة فى أوراق البنكنوت ، وما اذا كانت هذه الاوراق تشترك فى العلة مع الذهب والفضة فيحرم فيها الربا ، أم أن علة التحريم فى الذهب والفضة تختلف عنها فى أوراق البنكنوت ، فيحل التعامل فيها بجنسها متفاضلا ونسيئة ، وقبل أن نخوض فى تفصيل ذلك نذكر نبذة عن النقود وتطورها فى الدولة الاسلامية .

١ ـ النقود فى الاسلام :

لقد ظلت النقود فى بداية الدولة الاسلامية على ماكانت عليه فى الجاهلية من ضرب كسرى وقيصر ، فقد أقرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وعمل بذلك أبو بكر أيام خلافته ولم يغير ، ولما استخلف عمر أقر النقود على حالها ولم يعرض لها بشىء حتى سنة ١٨ هـ حيث قام بضرب الدراهم على نقش الكسروية (نسبة إلى كسرى) فلما بويع عثمان ضرب دراهم ونقشها (الله أكبر) وقد استمرت الدول الاسلامية تتعامل بالنقود الذهبية والفضية هذه إلى وقت قريب ، وبالتحديد فى أوائل القرن العشرين ولا يعنى كل هذا أن العصر الاسلامى الأول وما تلاه من عصور كانت تعتمد على النقود فى مبادلاتها ، بل ربما جرت هذه المبادلات بصورة

مباشرة دون توسيط النقود فى بعض الاحيان ، ولعل أحاديث ربا الفضل خير دليل على ذلك .[1]

٢ — ظهور النقود الورقية :

ظهرت النقود الورقية فى أواخر القرن الثامن عشر الميلادى فى انجلترا ، ثم فى غضون القرن الماضى فى عدد آخر من البلدان الغربية إلى أن انتشر استخدامها بعد هذا فى بلدان العالم خلال القرن العشرين .[2]

فالتعامل بالنقود الورقية وجعلها أثمانا للأشياء مكان الذهب والفضة بدعة حديثة العهد ، وأغلب الظن أن الذى دفع الناس إلى استحداثها هو يسر حملها وتداولها ، إذا قورنت بالنقدين وما دامت الورقة النقدية مضمونة القيمة من جهة الدولة فما حاجة الناس إلى حمل الثاقيل من الذهب والفضة ؟ .

من هنا نشأت الثقة بالنقود الورقية وشاع التعامل بها فى جميع البلاد ، ولكن ... هل يقوى هذا العرف والضمان من

(١) أنظر : النقود والمصارف فى النظام الاسلامى للدكتور / عوف محمود الكفراوى أستاذ الاقتصاد الاسلامى المساعد بكلية الشريعة بالرياض ص ١٨ .

(٢) انظر : النقود والمصارف فى النظام الاسلامى للدكتور / عوف محمود الكفراوى ، ص ١٩ .

الدولة ، والمجتمع على أن يبلغ بالنقود الورقية مرتبة الذهب والفضة فى كونهما جنس الأثمان وقيم الاشياء فى كل الأزمان ؟

إن الاجابة عن هذا السؤال تستلزم منا التعرض للخلاف بين الفقهاء فى مسألة الفلوس ، باعتبار أن الورق النقدى لم يظهر فى عهود ازدهار الفقه لافى مرحلة الاجتهاد ، ولا حتى فى مرحلة التخريج ، والاستنباط ، وبالتالى لم يتعرض له الفقهاء القدامى ، وانما الذى تعرض له الفقهاء قديما هو الفلوس[1]، اذا راجت رواج النقود ، ولما كان الخلاف بين الفقهاء المحدثين فى مسألة النقد الورقى مبنيا على اختلاف الفقهاء قديما فى مسألة الفلوس ، فان الأمر يستلزم منا أن نلقى الضوء على اختلاف الفقهاء فى مسألة الفلوس بشىء من التفصيل على النحو التالى :—

١ — فذهب الشافعية إلى عدم ثبوت الربا فى الفلوس ولو راجت .

قال صاحب نهاية المحتاج : " والنقد بالنقد ... وعلة الربا فيه جوهرية الثمن فلا ربا فى الفلوس ولو راجت "[2]

٢ — أما الامام مالك فيرى أن الربا يجرى فى الفلوس جريانه فى

(١) الفلوس : كل ماضرب من المعادن غير الذهب والفضه الكيكل والبرونز والنحاس والالومنيوم ، واصطلح الناس على عده ثمنا للاشياء ، وراج بينهم وجرى به تعاملهم (العقود الربوية والمعاملات المصرفية فى الفقه الاسلامى ، بحث للدكتور / نصر فريد واصل فى مجلة الشريعة والقانون جامعة صنعاء ص ٥٥

أحكام النقود لمحمد سلامه جبر ص ٢٥

(٢) نهاية المحتاج ٣/٤٣٣ .

الذهب والفضة ، جاء فى المدونة الكبرى : " ... قلت : فان أسلم دراهم فى فلوس ، قال مالك: لا يصلح ذلك" (١)

٣ ـ وأما الحنفية : فقد وجدنا بينهم اختلافا فى مسألة الفلوس على النحو التالى : ـ

أ ـ فيرى الامام أبى حنيفة وأبى يوسف أنه يجوز بيع المعدودات المتقاربة من غير المطعومات بجنسها متفاضلا كبيع الفلس بفلسين بأعيانهما ، احتجاجا بأن علة ربا الفضل هى القدر مع الجنس ، والمجانسة ان وجدت هنا فلم يوجد القدر فلا يتحقق الربا .(٢)

ب ـ ويرى الامام محمد أن ذلك لا يجوز احتجاجا بأن الفلوس أثمان فلا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا كالدراهم والدنانير ودلالة الوصف عبارة عما تقدر به مالية الاعيان ، ومالية الاعيان كما تقدر بالدراهم والدنانير تقدر بالفلوس فكانت أثمانا ، ولهذا كانت أثمانا عند مقابلتها بخلاف جنسها ، وعند مقابلتها بجنسها حال المساواة ، فاذا كانت ثمنا فالثمن لا يتعين وإن عين كالدراهم والدنانير فالتحق التعيين بالعدم ، فكان بيع الفلس بالفلسين بغير أعيانهما وهذا لا يجوز ، ولأنها إذا كانت أثمانا فالواحد يقابل الواحد فيبقى الآخر فضل مال لا يقابله

(١) المدونة الكبرى ٤ / ٢٠ .
(٢) بدائع الصنائع ٧ / ٣١١٠ ، الهداية ٣ / ٦٣ .

عوض فى عقد المعاوضة وهذا تفسير الربا (١)

هذا كله فى بيع الفلس بالفلسين بأعيانهما ، أما اذا كانا بغير أعيانهما فلا يجوز أتفاقا .(٢)

والسؤال الذى يثور عند الحنفية بعد ذلك بشأن الفلوس هو : هل يمكن اعتبار الفلوس ثمنا وبالتالى يتعين وجوب التقابض فيها فى المجلس ، أم أنها مجرد سلعة وبالتالى لا يشترط فيها التقابض فى المجلس ؟

إن المتتبع لفقه الحنفية يجد أنهم يفرقون بين ثلاث حالات :

الحالة الاولى : أن تكون الفلوس رائجة ، ففى هذه الحالة تعتبر الفلوس ثمنا عند الحنفية ويشترط فيها مايشترط فى النقدين من وجوب التقابض قبل التفرق .

الحالة الثانية : أن تكون غير رائجة ، وفى هذه الحالة تعتبر سلعة عند الحنفية ، والسلع عندهم تتعين بالعقد فلا يشترط فيها القبض .

الحالة الثالثة : أن يتقبلها بعض الناس دون بعضهم ، وفى هذه الحالة لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا إن كان البائع يعلم بحالها ، وجنسها من الجياد إن كان

(١) المرجعان السابقان .
(٢) الهداية ٣ / ٦٣ .

لا يعلم بحالها .(١)

٤ ـ أما الامام أحمد فعنه روايتان فى الفلوس :

الرواية الاولى وهى : الأظهـــر : الجواز .

الرواية الثانية : التحريم .(٢)

من كل ماسبق يتضح موقف علمائنا القدامى من الفلوس ، وقد ترتب على اختلافهم هذا اختلاف بين الفقهاء المحدثين فى مسألة النقود الورقية ونبرزه فيما يلى :ـ

الفريـــق الاول :

ويرى أن النقود الورقية تنزل منزلة الفلوس ، وكما أن الفلوس لا يثبت فيها الربا عند الشافعية وبعض الفقهاء ، فكذلك أوراق البنكنوت ينطبق عليها نفس الحكم لعدم تحقق العلة فيها .(٣)

الفريـــق الثانى :

ويرى أن النقد الورقى يعتبر نقدا قائما بذاته ، كقيام النقدية فى الذهب والفضة وغيرها من الأثمان ، وأنه أجناس تتعدد

(١) البناية ٦/٧١٢ .   (٢) المغنى ٤/٥٧ .

(٣) العقود الربوية والمعاملات المصرفية فى الفقه الاسلامى للدكتور نصر فريد واصل صـ ٥٧ ، محمد سلامه جبر صـ ٤٦ الفوائد المصرفية والربا من مطبوعات الاتحاد الدولى للبنوك الاسلامية صـ ١٥ .

بتعدد جهات الاصدار .(١)

وفيما يلى بيان لحجج الفريقين ومناقشتها وبيان الرأى الراجح منها .

حجج الفريق الأول :

١ ـ أن الاوراق النقدية تعتبر فى حكم عروض التجارة كما هو الحال بالنسبة للفلوس ، فقد نص المالكية على اعتبار الفلوس من عروض التجارة ، وهذا المعنى أوضح فى الأوراق النقدية أكثر منه فى الفلوس ، ولا خلاف بين الفقهاء فى أن عروض التجارة لا ربا فيها لانه يجوز فيها التفاضل ، سواء كان ذلك فى الحال أو مع التأخير .(٢)

ومما يدل على أنها أصبحت فعلا من ضمن عروض التجارة أن لها نشرة عالمية منتظمة مابين وقت وآخر من حيث البيع والشراء بالنسبة للعملات بعضها ببعض ، وقد نرى زيادة ونقصانا فى سعر العملة الواحدة من وقت لاخر .(٣)

واذا اتضح الأمر بالنسبة لنا ـ يستطرد صاحب هذا

(١) النقود والمصارف فى النظام الاسلامى للدكتور / عوف محمد الكفراوى صـ ٢٢ ، الفوائد المصرفية والربا صـ ١٥ .

(٢) العقود الربوية والمعاملات المصرفية فى الفقه الاسلامى للدكتور نصر فريد واصل صـ ٥٨ .

(٣) المرجع السابق .

الرأى _ وكانت الأوراق النقدية من ضمن عروض التجارة أو فى حكمها ، وأن علة الربا غير متوفرة فيها، جاز بيع بعضها ببعض مع التفاضل ، اختلفت العملة أو اتفقت ، فيجوز بيع الدولار الامريكى بالدولارين الكندى أو العكس .... وهكذا كما يجوز بيع الجنس الواحد ببعضه ببعض متفاضلا .

والعلة فى ذلك أن الأمر بالنسبة لعروض التجارة يختلف عن الأمر بالنسبة للأمور الربوية لقوله تعالى : (وأحل الله البيع وحرم الربا) والبيع باتفاق الجمهور لايشترط فيه التساوى بين الثمن والمثمن حيث يجوز التفاضل بينهما بدون تحديد لهذه الزيادة ، ويحل البيع لأجل بحيث لايشترط التقابض فى المجلس بالنسبة لطرفى المعقود عليه إذا لم يكن أحدهما ربويا .(١)

٢ _ أن مفهوم قول رسول الله صلى الله عليه وسلم :_

" الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ... مثلا بمثل ، سواء بسواء ، يدا بيد " أن هذا الحكم قاصرا عليهما ولايتعداهما إلى غيرهما مما تعارف أو سيتعارف الناس على جعله ثمنا ، قياسا على رأى جمهور العلماء فى مسألة الفلوس .(٢)

٣ _ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهو المبين عن الله تعالى لو كان يريد أن يلحق بالذهب والفضة كل مايمكن أن

---

(١) المرجع السابق .

(٢) محمد سلامه جبر ص ٤٦ .

يجعله الناس ثمنا لقالها بعبارة صريحة واضحة ولما ترك علماء أمته فضلا عن عامتهم يتحيرون فى وديان الظن يبحثون عن علة الحكم ليعبروا منه إلى أشباهه ويقيسوا به نظائره .(١)

حجج الفريق الثانى :

احتج أصحاب هذا الرأى بالقياس ، وبناء عليه قالوا بحرمة الربا فى النقود الورقية قياسا على النقدين : " جاء فى كتاب الفوائد المصرفية " :

" إننا إذا قسنا الأوراق النقدية على الذهب والفضة ، وألحقناها بهما فى الحكم ، فاننا نكون قد أجرينا قياسا صحيحا وتوصلنا بذلك إلى حكم ، ذلك أن حكم الذهب والفضة ثابت بالنص ... وعلة الربا فيهما هى الثمنية ، وهو وصف متوفر توافرا كاملا فى الأوراق النقدية بكمية مساوية لما كان فى الذهب والفضة عندما كان التعامل بين الناس قاصرا عليهما فى شكل دراهم ودنانير واذا كان وصف الثمنية موجودا فى الأوراق النقدية بكمية مساوية لما كان موجودا فى الذهب والفضة .... فانه بناء على ذلك تكون الأوراق النقدية أموالا يجرى فيها الربا كما يجرى فى الذهب والفضة سواء بسواء .(٢)

---

(١) محمد سلامة جبر ص ٤٦ .

(٢) الفوائد المصرفية والربا ص ٢٨ .

ومما يؤيد هذا الرأى أن هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية قررت بأكثريتها برئاسة إدارات البحوث العلمية والافتاء والدعوة والارشاد ، وبعد استعراضها للأقوال الفقهية فى حقيقة الأوراق النقدية ، والاستماع لآراء بعض الخبراء المتخصصين فى النقد الورقى والعلوم الاقتصادية ما يأتى :-

" أن الورق النقدى يعتبر نقدا قائما بذاته كقيام النقدية فى الذهب والفضة وغيرها من الأثمان ، وأنه أجناس تتعدد بتعدد جهات الاصدار ، بمعنى أن الورق النقدى السعودى جنس وأن الورق النقدى الامريكى جنس ، وهكذا كل عملة ورقية جنس مستقل بذاته ، وأنه يترتب على ذلك الأحكام الشرعية التالية :

أولا جريان الربا بنوعيه فيها كما يجرى بنوعيه فى النقدين الذهب والفضة وفى غيرهما من الأثمان كالفلوس ، وهذا يقتضى ما يلى :-

أ - لايجوز بيع بعضه ببعض أو بغيره من الأجناس النقدية الأخرى من ذهب أو فضة أو غيرهما نسيئة مطلقا ، فلا يجوز مثلا بيع الدولار الامريكى بخمسة أريله سعوديه ، أو أقل أو أكثر نسيئة .

ب - لايجوز بيع الجنس الواحد منه بعضه ببعض متفاضلا ، سواء كان ذلك نسيئة أو يدا بيد ، فلا يجوز مثلا بيع عشرة أريلة سعودية ورقا بأحد عشرة ريالا سعوديا ورقا .

ج - يجوز بيع بعضه ببعض من غير جنسه اذا كان يد بيد ، فيجوز بيع الليرة السورية أو اللبنانية بريالين سعوديين ورقا كان أو فضة أو أقل من ذلك أو أكثر ، وبيع الدولار الامريكى بثلاثة أريلة سعودية أو أقل أو أكثر اذا كان يدا بيد ، ومثل ذلك فى جواز بيع الريال السعودى الفضة بثلاثة ريالات سعودية ورق أو أقل أو أكثر يدا بيد ، فان ذلك يعتبر جنس بغير جنسه ولا أثر لمجرد الاشتراك فى الاسم مع الاختلاف فى الحقيقة .(١)

المناقشة

بعد استعراض أدلة كلا الفريقين فى النقد الورقى نأتى الآن لمناقشتها وبيان الرأى الراجح منها :-

أولا : مناقشة حجج الفريق الأول :

١ - أما قياسهم على الفلوس ، وقولهم ان الثمنية لاتتحقق فى الورق النقدى كما لم تتحقق عند الجمهور العلماء فى مسألة الفلوس ، فالجواب أن هذا قياس غير صحيح لأمرين :-

(١) النقود والمصارف للدكتور / عوف محمود الكفراوى ص ٢٢ .

الأمـر الأول :

أنه قياس يفتقد شرطين رئيسيين للركن الأول من أركان القياس ، وذلك أن أصل القياس ، وهو المقيس عليه يشترط فيه :

أولا : أن يكون حكمه ثابتا فى نفسه ، فان لم يوجد للأصل حكم لم يصح القياس لفقدان ركن من أركانه .

جاء فى المستصفى فى بيانه لشروط الأصل : " .... الشرط الأول : أن يكون حكم الأصل ثابتا فان أمكن توجيه المنع عليه لم ينتفع به الناظر ولا المناظر قبل إقامة الدليل على ثبوته " (١) والفلوس ليس لها حكم ثابت بدليل اختلاف المالكية فى حكمها مع المذاهب الأخرى ، ولما كانت الفلوس هى المقيس عليه ، والأوراق هى الفرع المقيس ، وكان الأصل المقيس عليه لا حكم ثابت له فيصبح القياس منهارا من أساسه .

ويشترط ثانيا فى المقيس عليه : أن يكون حكمه ثابتا بغير القياس كأن يكون ثابتا بنص من كتاب أو سنة ، أو ثابتا بالاجماع ولا يصح أن يكون الحكم ثابتا بالقياس لأن ذلك يوجب وجود قياسين :-

أحدهما : لاثبات حكم الاصل

وثانيهما : لاثبات حكم الفرع ، فان كان القياسان متحدين

(١) المستصفى للغزالى ٢/٣٢٥ ، الفوائد المصرفية صـ ٢٥ .

فى العلة لم يكن هنالك فائدة فى القياس الثانى ، وان كان القياسان مختلفين فى العلة كان القياس باطلا لعدم وجود الجامع بين الأصل والفرع .

جاء فى المستصفى فى بيان شروط الأصل : " .... الرابع : ألا يكون الأصل فرعا لأصل آخر بل يكون ثبوت الحكم فيه بنص أو أو أجماع " (١)

وحكم الفلوس ثابت عند المالكية بالقياس على النقدين بجامع الثمنية فى كل ، وعلى مذهب الشافعية ومن معهم يصبح قياس الفلوس على النقدين ثابتا بقياس العكس ، فعلى كلا القولين فان حكم الفلوس ثابت بالقياس ، فلا يجوز قياس حكم آخر عليه . (٢)

الأمـر الثـانى :

أنه يشترط فى الفرع المقيس أن تكون العلة الموجودة فيه مساوية للكمية الموجودة فى الأصل على معنى أنها لا تكون أنقص ، ولا أزيد من علة الاصل زيادة توجب عدم ثبوت حكم الاصل فى الفرع . (٣)

فما هى العلة المشتركة بين الفلوس والنقود الورقية انها الثمنية قطعا ، لان الخلاف حول الفلوس وربويتها إنما كان بين المالكية

(١) المستصفى ٢/٣٢٥ ، الفوائد المصرفية صـ ٢٥ .
(٢) المرجع السابق .
(٣) المستصفى ٢/٣٣٠ .

وبين الشافعية ومن معهم عن غلبة الثمنية أو قلتها فيها .

ولا أحد يقول الآن إن الاوراق النقدية ليست أثمانا للسلع والخدمات ، واذا كان الأمر كذلك فهل هذه الثمنية التي هي علة الحكم في الفلوس والأوراق النقدية متوفرة كميتها في الفلوس بنفس مقدار توافرها في الأوراق النقدية اليوم ؟

إن قياس الأوراق النقدية على الفلوس قياس مع الفارق ، لأنه لا نسبة بين الثمنية الضعيفة في الفلوس ، وبين الثمنية القوية في الأوراق النقدية التي تمثل أثمان السلع من الدبوس إلى الصاروخ وأثمان الخدمات التي يؤديها الانسان من أدنى الحرف إلى أعلاها ، وبناء عليه يصبح شرط المساواة في العلة بين الفرع والأصل مفقودا لزيادة العلة في الأوراق عنها في الفلوس ، فيكون الحاقها بها في الحكم فاسدا .(١)

٢ - أما قول صاحب هذا الرأي إن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو المبين عن الله ، لو كان يريد أن يلحق بالذهب والفضة كل مايمكن جعله ثمنا لقالها بعبارة صريحة .

فالجواب عنه : إن هذا القول فيه نفي للقياس ، وإطراح للمعاني ، وتأييد لمن قال بعدم ثبوت الربا في غير الاشياء الستة ، وهذا مبحث طويل تكلم فيه العلماء باسهاب ، وهو

---

(١) الفوائد المصرفية والربا صـ ٢٦ .

فرع على إثبات القياس ، واذا ثبت كونه حجة ثبت أن الربا يتجاوز المنصوص عليه ، وهذا رأي جمهور الفقهاء وقد مر آنفا .

والذي يعيننا ملاحظته هنا هو أن الشرع واللغة لايخدمان صاحب هذا الرأي ويتبين ذلك فيما يأتي :-

قال الله تعالى : (وأحل الله البيع وحرم الربا) (١)

والربا اسم للزيادة والفضل من طريق اللغة والشرع .

أما اللغة : فلقولهم : قد ربا السويق إذا زاد ، وقد أربى على في الكلام اذا زاد في السب ، وهذه ربوة من الارض اذا زادت على ماجاورها .

وأما الشرع : فلقوله تعالى : (يمحق الله الربا ويربي الصدقات) (٢) أي يضاعفها ويزيد فيها .

وقوله : (فاذا أنزلنا عليها الماء اهتزت وربت) (٣) أي زادت ونمت .

واذا كان الربا ماذكرنا ، اسم للزيادة لغة وشرعا دل عموم الاية على تحريم الفضل إلا ماخص بدليل .(٤)

---

(١) سورة البقرة ، الاية ٢٧٥ .
(٢) سورة البقرة ، الاية ٢٧٦ .
(٣) سورة الحج ، الاية ٥ .
(٤) انظر الماوردي في القسم التحقيقي صـ ١٤٧ .

الـــرأى المختـــــار

بعد استعراض ماكتبه الفقهاء فى حكم الاوراق النقدية ، فان الواضح أن الحق مع القائلين بدخول النقد الورقى ضمن الأجناس الربوية ، وبالتالى يحرم فيه التفاضل والنسيئة ، وأن الفريق الآخر قد جانبه الصواب فى اجتهاد باخراجه الورق من الاجناس الربوية نظرا لقوة أدلة القائلين بالحرمة وعدم استطاعة أدلة المبيحـــين التصدى لما ورد عليها ٠

هذا بالاضافة الى أن البنكنوت قد أصبح فى وقتنا الحاضر هو الثمن الرئيسى للسلع والخدمات ، بل أصبح الذهب والفضة سلعه تباع وتشترى ، والثمن الذى يدفع فيها غالبا هو البنكنوت ، كما أن العملة الورقية أصبحت تكتسب قوتها كثمن من قوة القانون للدولـــة التى تحمل اسمها ٠

لكل ماسبق لايمكن عد الاوراق النقدية فى جملة ماتكلم فيـــه الفقهاء عن الفلوس ، فقد كانت الفلوس فى عهد كان الذهـــب والفضة فيه متربعين على عرش الاثمان دون منازع ، فكان ان اختلف العلماء فى ثمنية الفلوس ، وهل يمكن عدها من باب الاثمان أم لا ؟ أما اليوم فقد تبدل الحال وانقلب رأسا على عقب ، وماكان بالامس متربعا على عرش الأثمان أصبح اليوم سلعة تباع وتشترى ٠

واذا أضفنا إلى ذلك أن باب الربا باب خطير ، فيجب أن

نغلق كل مايمكن أن يؤدى اليه ، حتى لانكون كالراعى الـــذى يرعى حول الحمى يوشك أن يواقعه ٠

لكل ذلك وغيره ، فاننا نرى أن القائلين بجواز التفاضـــل والنسيئة فى النقد الورقى قد جانبهم الصواب فيما انتهوا اليـــه فهدانا الله واياهم الى سواء السبيل ووفقنا ووفقهم إلى مافيه نفع الاسلام والمسلمين ، ٠

والله أعلم بالصواب ؛

الفصل الثاني

بحث تطبيقي حول بعض المسائل الخلافية في الربا

ويشتمل على :

المبحث الاول : الربا في دار الحرب

المبحث الثاني : تفرق المتعاقدين قبل القبض

المبحث الثالث : تحريم النساء عند انتقاء علة الربا

المبحث الرابع : بيع البر بالشعير

المبحث الخامس: قاعدة مد عجوة ودرهم

المبحث الاول

الربا في دار الحرب

تمهيد :

تشمل دار الاسلام البلاد التي تظهر فيها أحكام المسلمين . أما دار الحرب فتشمل كل البلاد غير الاسلامية التي لاتدخل تحت سلطان المسلمين .(١)

وقد أتفق الفقهاء على أن الحربي إذا دخل دار الاسلام بأمان فلا يجوز للمسلم أن يتعامل معه بالربا . وكذلك لاخلاف في أن المسلمين المهاجرين إلى دار الحرب لايجوز بينهما الا ما يجوز في دار الاسلام .

تحرير محل الخلاف :

واما محل الخلاف بين العلماء فهو التعامل بالربا بين المسلمين المهاجرين إلى دار الحرب وبين الحربيين . وكذا الذمي إذا دخل دار الحرب فباع حربيا درهما بدرهمين أو غير ذلك من البيوع الفاسدة فهو على الخلاف المذكور،وسواء دخل

(١) انظر : حاشية رد المحتار لابن عابدين ٤ / ١٧٥

المسلم أو الذمي إليهم بأمان أو بغير أمان وعلى هذا الخلاف القمار أيضا لأن الربا والقمار حرام ، وكذا إذا باع خمر أو خنزيرا أو ميتة فهو على هذا الخلاف، هذا وقد انقسم الفقهاء في هذه المسألة إلى فريقين على النحو التالي ،

١ ـ فذهب جمهور الفقهاء إلى أن الربا في دار الحرب حرام كتحريمه في دار الاسلام ، وبه قال مالك ، وأحمد ، والشافعي واسحاق ، وأبو يوسف ، (١) .

٢ ـ وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أنه لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ، وبه قال سفيان الثوري وابراهيم النخعي (٢)

وقد انفرد أبو حنيفة بجواز الربا في دار الحرب بين المسلم المهاجر وغير المهاجر ، هذا عن دار الحرب ، أما دار الاسلام فقد أجاز أبو حنيفة ومحمد الربا بين المسلم والحربي الذي لا أمان له ، فأما الذميان إذا تعاقدا عقد الربا في دار الاسلام فسخ عليهما عند أبي حنيفة دون الجمهور فالاعتبار عنده بالدار وعند الجمهور بالعاقد . (٣)

---

(١) المغني ٤ / ٤٥ ، تكملة المجموع ١١ / ١٥٨ ، مجمع الانهر ٢ / ٩٠ ، المبسوط ١٤ / ٥٦ ، الام ٣ / ٣٠ ، فتح العزيز على هامش المجموع ٨ / ١٨٩ .
(٢) المبسوط ١٤ / ٥٧ ، مشكل الاثار للطحاوي ٤ / ٢٤٥ ، الاختيار لتعليل المختار ٢ / ٤٣ .
(٣) تكملة المجموع ١١ / ١٥٨ ، بدائع الصنائع ٧ / ٣١٢٨ .

الادلـــــة

١ ـ أدلـة الجمهـــور :

استدل الجمهور على مذهبهم بالكتاب والسنة والمعقول ،

أما الكتاب : فقوله تعالى : (وحرم الربا) (١)

وقوله : (الذين يأكلون الربا لايقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس) (٢)

وقوله : (يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا) (٣) .

ووجه الدلالة من هذه الآيات : أن عموم الاخبار يقتضي تحريم التفاضل . (٤)

وأما السنة فقد استدلوا بما يأتي :

أ ـ قوله صلى الله عليه وسلم : " ومن زاد وازداد فقد أربى "(٥)

ووجه الدلالة أن هذا الحديث وغيره يدل بعمومه على جريان الربا في دار الحرب كجريانه في دار الاسلام . (٦)

---

(١) سورة البقرة الاية ٢٧٥ .
(٢) هذا هو الشطر الاول من الاية السابقة .
(٣) سورة البقرة الاية ٢٧٨ .
(٤) المغني لابن قدامة ٤ / ٤٦ .
(٥) الحديث رواه الشافعي ومسلم والترمذي والنسائي عن عبادة بن الصامت
(٦) المغني لابن قدامة ٤ / ٤٦ .

ب ـ ماروى عن ابن عباس رضى الله عنهما : أنه وقع للمشركين جيفة فى الخندق فأعطوا بذلك للمسلمين مالا فنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك .(١)

ووجه الدلالة : أن المسلم من أهل دار الاسلام فهو ممنوع من الربا بحكم الاسلام حيث كان(٢)

وأما المعقول : فقد استدلوا بعدة أدلة نبرزها فيما يأتى :

أولا : أن كل ماكان حراما فى دار الاسلام كان حراما فى دار الشرك كسائر الفواحش .(٣)

ثانيا : أنه عقد فاسد فلا يستباح به المعقود عليه كالنكاح .(٤)

---

(١) المبسوط : ١٤/٥٦ . والحديث رواه الترمذى ، والبيهقى عن ابن أبى ليلى عن الحكم ، عن مقسم ، عن ابن عباس " أن المشركين أرادوا أن يشتروا جسد رجل من المشركين ، فأبى النبى صلى الله عليه وسلم أن يبيعهم اياه ، واللفظ للترمذى قال الترمذى : " هذا حديث حسن غريب لانعرفه الا من حديث الحكم ، وقال أحمد بن حنبل : " ابن أبى ليلى لايحتج بحديثه .

انظر : سنن الترمذى : كتاب الجهاد ٤/٢١٤ ، السنن الكبرى كتاب السير ٩/١٣٣ .

(٢) المبسوط : ١٤/٥٧ .

(٣) تكملة المجموع ١١/١٥٨ .

(٤) تكملة المجموع ٩/٤٤٣ ، ١١/١٥٨ .

ثالثا : ولان كل عقد حرم بين المسلم والذمى حرم بين المسلم والحربى كدار الاسلام .(١)

رابعا : قالوا أيضا : ان المسلم التزم بالامان ألا يتملك أموالهم إلا بالعقد ، وهذا العقد وقع فاسدا فلا يفيد الملك الحلال فصار كما إذا وقع مع المستأمن منهم فى دارنا .(٢)

٢ ـ أدلة أبى حنيفة ومن وافقه :

استدل أبو حنيفة ومن وافقه بأدلة من السنة ومن المعقول نجملها فيما يأتى :ـ

أما السنة فقد استدلوا بعدة أحاديث هى :ـ

١ ـ ماروى عن مكحول أن النبى صلى الله عليه وسلم قال " لاربا بين المسلم والحربى فى دار الحرب " .(٣)

فهذا نص فى جواز التعامل بالربا فى دار الحرب .

٢ ـ أن العباس بن عبد المطلب كان مسلما قبل فتح مكة ، فان الحجاج ابن غلاط لما قدم مكة عند فتح خيبر واجتمع به فى

---

(١) الماوردى فى القسم التحقيقى صـ ١٢٩ .

(٢) تبيين الحقائق ٤/٩٧ .

(٣) المبسوط ١٤/٥٦ ، تبيين الحقائق ٤/٩٧ ، مجمع الانهر ٢/٩٠ ، البناية ٦/٥٧٠ ، وهذا الحديث مرسل لم يسنده أحد

القصة الطويلة المشهورة دل كلام العباس على أنه مسلم حينئذ ثم إن النبي صلى الله عليه وسلم ، قال يوم الفتح :

"وأول ربا أضعه ربا العباس بن عبد المطلب" (١) فدخل في ذلك الربا الذي من بعد إسلامه الى فتح مكة ، فلو كان الربا بين المسلم والحربي موضوعا لكان ربا العباس موضوعا يوم أسلم . (٢)

٣ ـ لقي رسول الله صلى الله عليه وسلم ركانة بأعلى مكة ، فقال له ركانة هل لك أن تصارعني على ثلث غنمي فقال : صلوات الله عليه وسلم " نعم " وصارعه فصرعه " الحديث " إلى أن أخذ منه جميع غنمه ثم ردها عليه تكرمًا . (٣)

---

(١) الحديث أخرجه مسلم عن جابر .
(٢) مشكل الاثار ٤ / ٢٤٢ ، تكملة المجموع ١١ / ١٥٩ .
(٣) الحديث رواه ، والترمذي عن أبي الحسن العسقلاني عن أبي جعفر بن محمد بن ركانه عن أبيه أن ركانة صارع النبي صلى الله عليه وسلم ، فصرعه النبي صلى الله عليه وسلم قال ركانة : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : إن فرق ما بيننا وبين المشركين العمائم على القلانس .
قال الترمذي : هذا حديث حسن غريب ، واسناده ليس بالقائم ولانعرف أبا الحسن العسقلاني ولا ابن ركانة .
انظر : سنن أبي داود ، كتاب اللباس ٤ / ٥٥ ، سنن الترمذي ، كتاب اللباس ٤ / ٢٤٧ .

ووجه الدلالة : أن هذا دليل على جواز مثله في دار الحرب بين المسلم والحربي : (١)

٤ ـ جاء في المبسوط : قال محمد : وبلغنا أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه قبل الهجرة حين أنزل الله تعالى : " ألم غلبت الروم " (٢) قال له مشركوا قريش : يرون أن الروم تغلب فارس فقال نعم ، فقالوا هل لك أن تخاطرنا على أن نضع بيننا وبينك خطرا فان غلبت الروم أخذت خطرنا ، وان غلبت فارس أخذنا خطرك فخاطرهم أبو بكر رضي الله عنه على ذلك ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم وأخبره فقال : اذهب إليهم فزد في الخطر وأبعد الاجل ، ففعل أبو بكر رضي الله عنه ، وظهرت الروم على فارس ، فبعث إلى أبي بكر رضي الله عنه أن تعال فخذ خطرك ، فذهب وأخذه ، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم به فأمره بأكله .

ووجه الدلالة : أن هذا القمار لا يحل بين أهل الاسلام وقد أجازه رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أبي بكر رضي الله عنه وهو مسلم وبين مشركي قريش لانه كان بمكة في دار الشرك ، حيث لايجري أحكام المسلمين . (٣)

---

(١) المبسوط ١٤ / ٥٧ . (٢) سورة الروم الاية ١ .
(٣) المبسوط ١٤ / ٥٧ . والحديث رواه الترمذي ، وأحمد عن سفيان الثوري عن حبيب بن أبي عمرة عن سعيد بن جبير عن ابن عباس قال : كان المشركون يحبون أن يظهر أهل فارس =

وأما المعقول فقد قالوا :

١ ـ ان مالهم مباح فى دارهم ، وبعقد الأمان لم يصر معصوما الا أنه التزم ألا يغدرهم ولا يتعرض لما فى أيديهم بدون رضاهم ، فاذا أخذه برضاهم فقد أخذ مالا مباحا بلا غدر فيملكه بحكم الاباحة السابقة ، إذ تأثير الأمان فى تحصيل

= على الروم ، لأنهم واياهم أهل أوثان ، وكان المسلمون يحبون أن يظهر الروم على فارس ، لأنهم أهل كتاب ، فذكروه لأبى بكر ، فذكره أبو بكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم قال : أما أنهم سيغلبون ، فذكره أبو بكر لهم ، فقالوا : اجعل بيننا وبينك أجلا فان ظهرنا كان لنا كذا وكذا ، وان ظهرتم كان لكم كذا وكذا ، فجعل أجل خمس سنين فلم يظهروا ، فذكر ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم قال : ألا جعلته إلى دون قال : أراه العشر ، قال أبو سعيد : والبضع مادون العشر ، قال : ثم ظهرت الروم بعد قال : فذلك قوله تعالى : ألم غلبت الروم إلى قوله : (يفرح المؤمنون بنصر الله ، ينصر من يشاء) .

قال سفيان : سمعت أنهم ظهروا عليهم يوم بدر .

قال الترمذى : هذا حديث حسن صحيح غريب ، إنما نعرفه من حديث سفيان الثورى عن حبيب بن أبى عمرة .

انظر سنن الترمذى ، كتاب تفسير القرآن ٥/٣٤٤ ، مسند أحمد ١/٣٠٤ .

التراضى دون التملك ، فكان الملك فى حق الحربى زائلا بالتجارة كما رضى به ، وفى حق المسلم ثابتا لاستيلائه على مال مباح .(١)

٢ ـ ولان أموال الحرب مباحة للمسلم بغير عقد فكان أولى أن يستبيحها بعقد .(٢)

مناقشة الأدلة :

أولا : مناقشة أدلة الجمهور :

١ ـ أما استدلالهم بعمومات الكتاب والسنة فقد أجيب عنها بأن إطلاق النصوص فى مال محظور ، وانما يحرم على المسلم اذا كان بطريق الغدر ، فاذا لم يأخذ غدرا ، فبأى طريق يأخذ يكون حلالا بعد كونه برضا .(٣)

٢ ـ وأما حديث ابن عباس فقد اعترض عليه بأن موضع الخندق كان فى الاسلام وقد أجيب عن هذا الاعتراض بأنه لامعنى لهذا القول ، لأنا نقول هذا يجوز عندكم بين المسلم والحربى الذى لاأمان له سواء كان فى دار الاسلام أو فى دار الحرب(٤)

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٤/٩٧ ، مجمع الأنهر ٢/٩٠ .
(٢) انظر : الماوردى فى القسم التحقيقى صـ ١٢٨ .
(٣) شرح فتح القدير ٥/٣٠٠ .
(٤) المبسوط ١٤/٥٧ .

٣ ـ وأما قولهم إن كل ماكان حراما في دار الاسلام كان حراما في دار الشرك فقد أجيب بأن هذا فاسد لأن المشرك يستباح دمه وماله كما سبق وبينا في مناقشة عموم الأدلة .

٤ ـ وأما قياسهم على النكاح فقد أجيب عنه بأن هذا قياس مع الفارق لأن البضع لايستباح بالاباحة بل بالطريق الخاص ، أما المال فيباح بطيب النفس به واباحته .(١)

٥ ـ وأما قياسهم على المستأمن منهم في دارنا فقد أجيب بأن هذا قياس مع الفارق أيضا لان المستأمن منهم عندنا صار ماله محظورا بالأمان فاذا أخذه بغير الطريق المشروعة يكون غدرا .(٢)

ثانيا : مناقشة أدلة أبي حنيفة ومن معه :

١ ـ نوقش استدلالهم بحديث مكحول بأنه مرسل لايعرف صحته هذا إن صح الاسناد عن مكحول ، فقد قال أبو يوسف رحمه الله : انما قال أبو حنيفة هذا لان بعض النسخة حدثنا عن مكحول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا ربا .. .. إلى آخر الحديث ، وقال الشافعي رضي الله عنه هذا ليس بثابت ولا حجة فيه . ثم هذا الحديث محتمل لأن يكون

(١) شرح فتح القدير ٥/٣٠٠ .
(٢) فتح القدير ٥/٣٠٠ .

نهيا فيكون المراد بقوله : " لا ربا " النهي عن الربا كقوله تعالى : (فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج) .(١)

ولا يجوز ترك ماورد بتحريمه القرآن وتظاهرت به السنة وانعقد الاجماع على تحريمه بخبر مجهول لم يرد في صحيح ولا مسند ولا كتاب موثق به ، وهو مع ذلك مرسل محتمل ، ولو سلم حجيته فالزيادة بخبر الواحد لاتجوز ، واثبات قيد زائد على المطلق هو الزيادة فلا يجوز .(٢)

وأجيب بأن هذا الحديث وان كان مرسلا فمكحول ثقة والمرسل من مثله مقبول ، جاء في البناية : قال الأكمل : ولأبي حنيفة ومحمد ما روى مكحول .... إلى آخره ، ثم قال : ذكره محمد بن الحسن ، وذكره الأترازي ، ثم قال : كذا في شرح أبي نصر ، وفي البناية أيضا : قال العيني : " لانسلم عدم ثبوته لأن جلالة قدر الامام لاتقتضي أن يجعل لنفسه مذهبا من غير دليل واضح " ، وأما قول الشافعي ولا حجة فيه فبالنسبة إليه ، لأن مذهبه عدم العمل بالمرسلات الا مرسل سعيد ابن المسيب ، والمرسل عندنا حجة ، وأما قولهم : إنه زيادة على النص فانه يدفع بأن المطلقات مراد بمحلها المال المحظور بحق

(١) سورة البقرة ، الآية ١٩٧ .
(٢) تكملة المجموع ١١ / ١٥٩ ، البناية على الهداية ٦/٥٧١ ، المغني لابن قدامة ٤/٤٦ ، نصب الراية ٤/٤٤ ، شرح فتح القدير ٥/٣٠٠ .

لمالكه ، ومال الحربى ليس محظورا الا لتوقى الغدر (1)

٢ ـ وأما قول أبى حنيفة ومن معه أن العباس كان يتعامل بالربا بعد اسلامه فى مكة ، فقد أجيب بأن العباس كان له ربا فى الجاهلية من قبل إسلامه فيكفى حمل اللفظ عليه ، وليس ثم دليل على أنه بعد إسلامه استمر على الربا ، ولو سلم استمراره عليه لانه قد لايكون عالما بتحريمه فأراد النبى صلى الله عليه وسلم إنشاء هذه القاعدة وتقريرها من يومئذ .(2)

وأجيب بأن النبى صلى الله عليه وسلم أخبر بما قد دل على أنه كان قائما حتى وضعه إياه ، وهذا يدل على أنه قبل الوضع إنما كان الربا فيه خلاف الربا فى دار الهجرة .(3)

٣ ـ وأما ما ذكروه من استباحة أموالهم فمنتقض بالحربى إذا دخل دار الاسلام فان ماله مباح إلا فيما حظره الأمان (4) .

وأجيب بأن هذا قياس مع الفارق ، لأن مال المستأمن صار محظورا أى ممنوعا أخذه بعقد الأمان ، ولهذا لايحل تناوله بعد انقضاء المدة .(5)

---

(1) البناية ٦/٧١ ، شرح فتح القدير ٥/٣٠١ .
(2) تكملة المجموع ١١/١٥٩ .
(3) مشكل الآثار للطحاوى ٤/٢٤٥ .
(4) المغنى ٤/٤٦ .
(5) البناية ٦/٧١ .

وقد اعترض الامام الماوردى على هذا الاستدلال من وجه آخر حيث قال : لانسلم باستباحة أموالهم بالعقد الفاسد إذا كان قد دخل إليهم بأمان ، لأن أموالهم لاتستباح بغير عقد ، فكذا لايستبيحها بعقد فاسد .

ولو فرضت المسألة مع ارتفاع الأمان لما صح الاستدلال من وجه آخر ، وهو أن الحربى إذا دخل الاسلام جاز استباحة ماله بغير عقد ولايجوز استباحته بعقد فاسد (1)

ويمكن أن يجاب على هذا الاعتراض بأن هذا صحيح على مذهبكم ، وأما على مذهب أبى حنيفة ومحمد فالربا جائز أيضا فى دار الاسلام بين المسلم والحربى الذى لا أمان له .

وأما اذا كان مستأمنا فقد سبق الكلام فيه .

---

(1) تكملة المجموع ١١/١٥٩ ، القسم التحقيقى صـ ١٣٠ .

الـرأى المختـار

بعد استعراض أدلة الحنفية والجمهور فان القلب يميل الى التفريق بين حالتين :-

الحالة الاولى : إذا كانت الزيادة الربوية تعود على المسلم .

الحالة الثانية : إذا كانت الزيادة تعود على الحربى .

وأرى اباحتها فى الحالة الأولى دون الثانية . وهذا ما يتفق وروح النصوص التى جاءت فى هذا الباب والتى تمسك بها القائلون بالاباحة .

وأما ماتمسك به الجمهور من عموم للأدلة فقد وجدنا أن الحنفية قد بينوا أن هذا إنما يكون فى مال محظور . والذى يحظر على المسلم فى دار الحرب هو أخذ المال منهم بطريق الغدر . أما وأن هذا العقد جائز عندهم فانه يتملك هذا المال بحكم الاباحة السابقة ولا تأثير للأمان إلا فى حصول التراضى دون التملك .

وأما حديث مكحول فعلى فرض عدم وروده فان هذا التقرير يجيزه النظر المذكور أعنى كونه مالا مباحا إلا لعارض لزوم الغدر (1)

ولكنا قد وجدنا أن هذا الحديث قد عضدته أحاديث أخرى

---

(1) شرح فتح القدير ٥/٣٠١ .

دلت على حل الربا والقمار فى دار الحرب . هذا إضافة الى أن منزلة الامام أبى حنيفة لاتقتضى أن ينسب إلى مكحول مالم يتأكد ويستوثق من قوله إياه .

وما انتهينا إليه من التفريق بين الحالتين السابقتين هو ما التزم به أصحاب أبى حنيفة فى مجالسهم نظرا إلى علة الاباحة . (1)

قال الطحاوى فى كتابه مشكل الاثار .

(وما يدل على أن حكم الربا بين المسلمين وبين أهل الحرب فى دار الحرب بخلاف حكم الربا بينهم فى دار الاسلام . أنه لايخلو ربا العباس الذى أدركه وضع النبى صلى الله عليه وسلم وربا الجاهلية من أحد وجهين :-

إما أن يكون أصله كان قبل تحريم الربا ثم طرأ عليه تحريم الربا أو كان فى حال تحريم الربا . فان عنى بذلك التحريم فى هذين الوجهين فى دار الهجرة وفى دار الحرب فانه يجب أن يبطل فى أى الاماكن كان من دار الحرب ومن دار الاسلام وان كان بعد تحريم الربا فهو أبطل . فلما أخبر النبى صلى الله عليه وسلم فى خطبته بما قد دل أنه كان قائما حتى وضعه . دل ذلك أنه قبل وضعه اياه انما كان الربا فيه خلاف الربا فى دار

---

(1) شرح فتح القدير ٥/٣٠٥ .

الهجرة ، لانه لو كان فى دار الهجرة ما كان قائما فى حال من الاحوال بعد تحريم الربا ، لانه إن كان أصله فى حال تحريمه كان غير ثابت ، وان كان قبل تحريمه طرأ عليه تحريمه ووضعه .

فان شبه على أحد بما كان من أمر العباس من أسر المسلمين إياه ، ومن أخذ الفداء منه محققا بذلك أنه لم يكن بمكة مسلما حين جرى عليه ما جرى من السر .

قلنا : إنما فدى فى غزوة بدر ، ورجع هو ومن سواه من الأسرى إلى مكة عن رسمهم الذى أسروا عليه ، وكانت بدر فى سنة أربع من الهجرة ، وقد حكى محمد بن اسحاق فى مغازيه : أن العباس قد كان اعتذر إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أمره أن يفدى نفسه بأنه كان مسلما ، وأنه انما خرج إلى قتاله كرها وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له : أما ظاهر أمرك فقد كان علينا فافد نفسك ، حدثنا بذلك فهد بن سليمان قال : أنا يوسف بن بهلول قال : حدثنا عبد الله بن ادريس عن محمد بن اسحاق ولم يتجاوز به ، وبقى العباس بعد ذلك بمكة ، فان يكن ماذكره ابن اسحاق كما ذكره فقد تقدم اسلامه بدرا ، وان يكن بخلاف ذلك كان ماذكره أنس ابن مالك فى حديث الحجاج بن غلاط يوجب له الاسلام وذلك عند فتح خيبر ، وكلا القولين يوجب اقامته بمكة مسلما وهى دار الحرب ...... وفى ذلك ما يوجب أنه كان بمكة مسلما وله فيها ربا قائم ، والربا يحرم بين المسلمين فى دار الهجرة .(1)

(1) مشكل الاثار للطحاوى ٤/ ٢٤٥ : ٢٤٦ .

المبحث الثانى

تفرق المتعاقدين قبل القبض :

اذا ثبت الربا فى المبيعين بعلة واحدة فهل يصح الافتراق قبل تقابضهما ؟

اختلف العلماء فى ذلك على النحو التالى :-

١ - فذهب أبو حنيفة وأحمد فى رواية عنه إلى أنه لا يشترط التقابض إلا فى الصرف ، وانما يكفى فيه التعيين ، وبه قال ابن عليةّ عند اختلاف الجنس .

٢ - وذهب الشافعى ، وأحمد على أصح الروايات عنه ، ومالك وجمهور العلماء إلى أنه يحرم على كل من المتبايعين التفرق قبل التقابض فى الصرف وغيره ، ويستوى فى ذلك الجنس الواحد والجنسان .

واشترط الامام مالك فى الصرف ، القبض عند الايجاب بالكلام ، ولا يجوز التراضى ، ولو كانا فى المجلس .(1)

(1) انظر : صحيح مسلم بشرح النووى ١١/ ١٤ ، تبيين الحقائق ٤/ ٨٩ ، حاشية رد المحتار ٥/ ١٧٨ ، فتح العزيز على هامش المجموع ٨/ ١٦٥ ، المغنى ٤/ ١٣ ، تكملة المجموع ١٠/ ٦٥ ، نيل الاوطار ٥/ ٢١٩ .

تحـرير محـل الخـلاف :

أجمع العلماء على تحريم بيع الذهب بالذهب أو بالفضة مؤجلا
قال ابن المنذر : " أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن المتصارفين إذا افترقا قبل أن يتقابضا أن الصرف فاسد (1)

كذلك أجمع العلماء على أن اختلاف علة الربا في المبيعين لا يوجب اعتبار التقابض قبل التفرق كبيع المطعوم بالنقد . (2)

وانما محل الخلاف فيما ثبت فيه الربا بعلة واحدة كبيع المطعوم بعضه ببعض .

قال نصر المقدسي رحمة الله : فتحصل في القبض ثلاث مسائل :

ـ مايعتبر فيه القبض بالاجماع ، وهو الصرف .

ـ وما لا يعتبر فيه بالاجماع وهو بيع المطعوم بنقد .

ـ ومختلف فيه وهو بيع المطعوم بعضه ببعض . (3)

سبب اختلاف العلماء :

جاء في تكملة المجموع : " وفي الحقيقة ليس التقابض عند أبي

(1) انظر : صحيح مسلم بشرح النووي ١١ / ١٠ ، تكملة المجموع ١٠ / ٦٥ ، المغني ٤ / ١٣ ، نيل الاوطار ٥/ ٢١٩ .
(2) تكملة المجموع ١٠ / ٦٩ ، نيل الاوطار ٥ / ٢١٩ .
(3) تكملة المجموع ١٠ / ٦٩ .

حنيفة من قاعدة الربا في شيء ، لا في الصرف ولا في الطعام وانما اشترطه في الصرف لأجل التعيين ، فان من أصله أن الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين ، وانما تتعين بالقبض فلو تفرقا قبل القبض لصار دينا ، ولكان في ذلك بيع الكالئ بالكالئ " وذلك منهي عنه على الاطلاق في الربويات وغيرها ويجعلون قوله " يدا بيد " لمنع النساء ، وقوله " عينا بعين " تأكيدا بخلاف مايفعل أصحابنا وزعموا أن هذا احتمال يترك به الظاهر إذا تأيد بدليل . (1)

الأدلة :

أولا : أدلة أبي حنيفة ومن وافقه :

استدل الحنفية على مذهبهم بالكتاب والمعقول .

١ ـ فأما الكتاب : فهو أن المحرم في الآية هو الربا ، والربا هو الزيادة ، وذلك إما في القدار ، وإما في الميعاد للاستحقاق وهو النساء ، أو الجودة .

أما في الجودة فقد أسقطها الشرع حيث قال : " جيدها ورديئها سواء " ولسقوط قيمتها تحققت المماثلة ، والتفاضل في القدار أو في الميعاد في الاستحقاق هو الربا ، فليس

(1) انظر : تكملة المجموع ١٠/ ٦٦ .

التقابض من الربا فى شئ ، إذ قيمة المقبوض بعد كونه نقدا كقيمة غير المقبوض فى المجلس ، بخلاف قيمة المؤجل فانه يخالف قيمة الحال ، فلو حرم ترك التقابض بحكم الربا لكان زيادة على كتاب الله .(١)

٢ - وأما المعقول فقد استدلوا بما يأتى :-

إن ما سوى عقد الصرف مما يجرى فيه الربا مبيع متعين ، وكل ما هو متعين ، قد تعين بالتعيين ، فلا يشترط فيه القبض كالثوب ، والعبد ، والدابة ، وغيرها .

وهذا لأن الفائدة المطلوبة بالعقد إنما هى التمكن من التصرف ، ويترتب ذلك على التعيين فلا يحتاج إلى القبض بخلاف الصرف ، فان التعيين لا يحصل فيه إلا بالقبض ، فان الدراهم والدنانير لا تتعين مملوكة بالعقد إلا بالقبض .(٢)

ثانيا : أدلة الجمهور :

استدل الجمهور على مذهبهم بالسنة والمعقول :

أ - فأما السنة فقد استدلوا بما يأتى :-

(١) انظر تكملة المجموع ١٠/٦٦ .
(٢) انظر : البناية ٦/ ٤٥ ، ٦٥ تبيين الحقائق ٤/ ٨٩ ، حاشية رد المحتار ٥/ ١٧٨ ، الاختيار لتعليل المختار ٢/ ٤٠ ، شرح فتح القدير ٥/ ٢٨٥ .

١ - قول النبى صلى الله عليه وسلم : " الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر، والملح بالملح ، مثلا بمثل ، سواء بسواء ، يدا بيد ، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد .(١)

ووجه الدلالة : أنه أباح التفاضل بقوله : كيف شئتم ، واعتبر التقابض بقوله : يدا بيد .(٢)

٢ - ما رواه مالك بن أوس بن الحدثان أنه التمس صرفا بمائة دينار قال : فدعانى طلحة بن عبيد الله فتراوضنا حتى اصطرف منى فأخذ يقلبها فى يديه ثم قال : حتى يأتى خازنى من الغابة ، وعمر يسمع ذلك ، فقال : لا والله لا تفارقه حتى تأخذ منه ورقك ، أو يرد عليك ذهبك ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء ، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء ، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء "(٣)

ووجه الدلالة : أن عمرا قد نهى مالكا عن مفارقة طلحة حتى يقبض منه ، واستدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم : " إلا هاء وهاء " فدل على أنه فهم منه التقابض لا مجرد

(١) الحديث رواه مسلم عن عبادة بن الصامت بلفظه : مسلم ، كتاب المساقاة ٣/ ١٢١١ .
(٢) انظر : فتح العزيز ٨/ ١٦٥ .
(٣) الحديث رواه الشافعى ومسلم والبخارى والترمذى عن مالك بن أوس .

الحلول .(١)

ب : وأما المعقول فقد استدلوا بما يأتـــي :ـ

١ ـ أن كلا المبيعين مال من أموال الربا ، والعلة فيهما متحـدة فحرم التفرق فيهما قبل القبض كالذهب بالفضة . فلا يجوز أن يكون المراد بقوله " يدا بيد " القبض في حق النقديــن والتعيين في حق غيرهما . لانه إما حقيقة فيهما . أو حقيقة في أحدهما ومجاز في الآخر . وأيهما كان فلا يجوز الجمـع بينهما . لما عرف أن المشترك لاعموم له . وأن الجمع بـين الحقيقة والمجاز لايجوز .(٢)

٢ ـ أن ترك التقابض ربا . لان الربا عبارة عن الفضل المطلـق والفضل من وجوه كثيرة .

يكون قدرا في الصاع بالصاعين . ونقدا في العـين بالنساء . وقبضا في المقبوض وغير المقبوض . بل الزيـادة من حيث اليد فوق الزيادة من حيث العينية . لأن الاعيان إنما تطلب ليتوصل إليها بالأيدى . ولأن اليد تقصد بنفسها في كثير من العقود والعينية لاتقصد بنفسها .(٣)

(١) تكملة المجموع ١٠ / ٦٨ .
(٢) المغنى ٤ / ١٣ ، تبيين الحقائق ٤ / ٨٩ .
(٣) انظر : تكملة المجموع ١٠ / ٦٨ ، البناية ٦ / ٦٤٥ ، شرح فتح القدير ٥ / ٢٨٥ .

٣ ـ أنه عقد معاوضة يمنع من ثبوت الأجل فوجب أن يمنع من التفرق قبل القبض كالصرف .(١)

٤ ـ ولأن كل ماكان شرطا معتبرا في عقد الصرف كان شرطا معتبرا فيما دخله الربا من غير الصرف كالأجل .(٢)

ثالثـا : توضيـح رأى الامام مالك في الصـرف :

سبق أن ذكرنا عند استعراض آراء العلماء أن الامام مالــك وان كان يوافق الجمهور في اشتراط التقابض قبل الافتراق فـي الصرف وغيره فقد انفرد باشتراط التقابض في الصرف عند الايجـاب والقبول . فان تأخر القبض في المجلس بطل الصرف وان لم يفترقـا ، حتى كره المواعدة فيه .

ويرأى الجمهور في اشتراط التقابض في المجلس قبل التفـرق قال الامام أبو حنيفة .

وسبب الخلاف هو ترددهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام " إلا هاء وهاء " وذلك أن هذا يختلف بالأقل والأكثر .

فمن رأى أن هذا اللفظ صالح لمن لم يفترق من المجلس قـال يجوز التأخير في المجلس .

(١) انظر : الماوردى في القسم التحقيقى صـ ١٣٩ .
(٢) انظر المرجع السابق صـ ١٤٠ .

ومن رأى أن اللفظ لا يصلح إلا اذا وقع القبض من المتصارفين على الفور قال : إن تأخر القبض عن العقد في المجلس يبطل الصرف (1)

ثالثا : مناقشة ما انفرد به مالك في الصرف :

نوقش الامام مالك فيما ذهب إليه من أن المراد من قوله صلى الله عليه وسلم " هاء وهاء " القبض عند الايجاب في الصرف بأن الظاهر هو المعنى الأول ، يؤيد ذلك ما رواه ابن عمر أنه سأل النبي صلى الله عليه وسلم فقال : " اشتر الذهب بالفضة فاذا أخذت واحدا منهما فلا تفارق صاحبك وبينكما لبس ." (1)

فيمكن أن يقال : إن هذه الرواية تدل على اعتبار المجلس . (2)

(1) انظر : بداية المجتهد ٢/١٩٧ ، نيل الاوطار ٥/٢١٩ .

(1) أخرجه ابن ماجه ، أنظر : سنن ابن ماجة ٢/٧٦٠ .

(2) نيل الاوطار ٥/٢١٩ .

المبحث الثالث

تحريم النساء عند انتفاء علة الربا

اختلف العلماء في تحريم النساء في غير المكيل والموزون على النحو التالي :-

١ - فذهب الشافعي وأحمد في أصح الروايات عنه إلى أنه لا يحرم النساء في شيء من ذلك ، سواء بيع بجنسه أو بغيره متساويا أو متفاضلا ، إلا على القول بأن العلة الطعم فيحرم النساء في المطعوم ولا يحرم في غيره .

والى هذا القول ذهب ابن المسيب ، وابن سيرين واسحاق

٢ - وذهب أبو حنيفة وأصحابه ، وابراهيم النخعي إلى أن الجنس بانفراده يحرم النساء وهو رواية ثانية عن أحمد .

ومن كره بيع الحيوان بالحيوان نساء : ابن الحنفية وعبد الله بن عمير ، وعطاء ، وعكرمة بن خالد ، وابن سيرين والثوري ، وروى ذلك عن عمار ، وابن عمر .

٣ - وقال مالك : لا يحرم النساء إلا فيما بيع بجنسه متفاضلا فأما مع التماثل فلا ، وهذه رواية ثالثه عن أحمد .

٤ - والمذهب الرابع : أنه يحرم النساء في كل مال بيع بمال آخر سواء كان من جنسه أو من غير جنسه ، وهذه رواية رابعة عن أحمد ، فعلى هذا لو باع عرضا بعرض ومع أحدهما دراهم

العروض نقدا والدراهم نسيئة جاز .

وان كانت الدراهم نقدا والعروض نسيئة لم يجز ، لانه يفضي إلى النسيئة في العروض .(١)

الأدلــة

أولا : أدلة الشافعي ، ومن وافقه :

استدل الشافعية ومن وافقهم بالكتاب ، والسنة ، وفعل الصحابة ، والمعقول .

فأما الكتاب فقد احتجوا بما يأتي :-

١ - قوله تعالى : (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)(٢)

٢ - وقوله : (وأحل الله البيع)(٣)

---

(١) انظر في بيان آراء العلماء في هذه المسألة :
المغني ٤/ ١٤ ، فتح الباري ٤/ ٤١٩ ، صحيح مسلم بشرح النووي ١١/ ٣٩ ، نيل الأوطار ٥/ ٢٣٢ ، سنن الترمذي ٣/ ٥٣٩ ، تكملة المجموع ٩/ ٤٥٣ ، الغرة المنيفة صـ ٧٨ المبسوط ١٢/ ١٢٢ ، شرح معاني الآثار ٤/ ٦١ ، كتاب الآثار لأبي يوسف صـ ١٨٧ ، البناية ٦/ ٥٣٦ ، موطأ مالك ٢/ ٦٥٣ ، بداية المجتهد ٢/ ١٣٣ .

(٢) سورة النساء ، الاية ٢٩ .

(٣) سورة البقرة ، الاية ٢٧٥ .

ووجه الدلالة : أن هاتان الآيتان فيهما عموم يقتضي حل البيع للتجارة مطلقا ، والقرآن أولى من خبر الواحد .(١)

وأما السنة فقد احتجوا بما يأتي :-

١ - ما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أمره أن يجهز جيشا فنفدت الابل ، فأمره أن يأخذ في قلاص الصدقة فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة .(٢)

وأما ما ورد عن الصحابة فقد استدلوا بما يأتي :-

١ - روى عن علي بن أبي طالب أنه باع جملا يدعى عصيفيرا بعشرين بعيرا إلى أجل .

٢ - وعن ابن عمر أنه باع بعيرا بأربعة أبعرة مضمونة بالربذة .

ووجه الدلالة : أن هذا الفعل منهما ليس له مخالف من الصحابة فكان إجماعا .(٣)

وأما المعقول فقد قالوا :

١ - ان النقدية في جانب ، وعدمها في جانب آخر لا يثبت

---

(١) الغرة المنيفة صـ ٧٩ .

(٢) الحديث رواه أبو داود ، والبيهقي بلفظه عن عبد الله بن عمرو بن العاص.

(٣) انظر تكملة المجموع ٩/ ٤٥٤ الماوردي في القسم التحقيقي صـ ١٥٦

إلا شبهة الفضل ، لأن النسيئة عبارة عن تأخير المطالبة ، وهي ليست حقيقة الفضل ، لان فيها تفاوت المالية حكما ، والتفاوت في المالية حقيقة أكثر تأثيرا من التفاوت في المالية حكما ، ولا أثر له في منع جواز العقد حتى يجوز بيع ثوب بثوبين ، فالتفاوت حكما أولى .

أي أن حقيقة الفضل غير مانع في الجنس ، حتى جاز بيع الهروي بالهرويين ، والعبد بالعبدين ، والشبهة أولى .

وهذا لأن حكم الربا في خاص من الأموال ، وجعل الجنسية علة تؤدي إلى تعميم حكم الربا في كل مال ، فما من مال إلا وله جنس ، فما كانت الجنسية إلا نظير المالية ، ثم لا يجوز جعل المالية علة الربا فكذلك الجنسية .(1)

٢ ـ أن النساء أحد نوعي الربا ، فلم يجز في الأموال كلها كالنوع الآخر .(2)

٣ ـ أنهما لا يجري فيهما ربا الفضل ، فجاز النساء فيهما كالعرض بالدينار .(3)

---

(1) انظر : البناية ٦/٥٣٧ ، المبسوط ٢/١٢٣ ، البحر الرائق ٦/١٣٩ ، شرح فتح القدير ٥/٢٨٠ .
(2) أنظر : المغني ٤/١٤ .
(3) المرجع السابق .

ثانيا : أدلة الحنفية ومن وافقهم :

استدل الحنفية على تحريم النساء عند اتحاد الجنس بالسنة وفعل الصحابة والمعقول :

فأما السنة فقد استدلوا بما يأتي :ـ

١ ـ ما رواه قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة .(1)

٢ ـ ما رواه جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا بأس بالحيوان واحد باثنين يدا بيد ، وكرهه نسيئة .(2)

٣ ـ ما رواه أسامه ابن زيد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " إنما الربا في النسيئة " .

ووجه الدلالة : أن هذا نسيئة فيكون فيه الربا فيحرم لقوله تعالى : (وحرم الربا) (3) ولأنه قال : (الربا) من وجه ينظر إلى القدر أو الجنس ، والنقدية أوجبت فضلا في المالية إذ النقد خير من النسيئة ، فيتحقق شبهة الربا ، وهي ملحقة بالحقيقة احتياطا فيحرم .

---

(1) الحديث رواه الترمذي ، وأبو داود ، وابن ماجة بسنده وبلفظه .
(2) الحديث رواه ابن ماجة وبسنده ، ورواه الترمذي عن جابر بنحوه .
(3) سورة البقرة ، الآية ٢٧٥ .

وهذا لأن كل واحد من القدر أو الجنس جزء العلة فيكون لكل واحد منهما شبهة العلية فتحرم به شبهة الربا وهي النسيئة، إعمالا للدليل بقدر الامكان. (١)

٤ ـ أن النبي صلى الله عليه وسلم قد سوى بين الجنسية والقدر في أول حديث عبادة ثم قال: " وإذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد ".

فقد أبقى ربا النساء لبقاء ما هو قريبه وهو الجنس، فكان ذلك تنصيصا على ثبوت ربا النساء عند وجود الجنسية، لأنه متى ثبتت المساواة بين الشيئين بالنص ثم خص جنس أحدهما بحكم كان ذلك تنصيصا على ذلك الحكم الآخر، كالرجل يقول: اجعل زيدا وعمرا في العطية سواء، ثم يقول: اعط زيدا درهما فيكون ذلك تنصيصا على أن يعطى عمرا أيضا درهما. (٢)

وأما فعل الصحابة فقد استدلوا بما يأتي :ـ

١ ـ ما رواه محمد بن الحسن عن ابراهيم النخعي قال: دفع عبد الله بن مسعود رضي الله عنه إلى زيد بن خليدة البكري مالا مضاربة، فأسلم زيد إلى عتريس بن عرقوب الشيباني في قلائص، فلما حلت أخذ بعضا وبقي بعض فأعسر عتريس وبلغه

(١) انظر: الغرة المنيفة ص ٧٩، البناية ٦/٥٣٧.
(٢) انظر: المبسوط ١٢/١٢٣.

أن المال لعبد الله بن مسعود، فأتاه ليترفقه، فقال له عبد الله: أفعل زيد ذلك؟ قال نعم، فأرسل إليه فسأله، فقال له عبد الله: أُرْدُدْ ما أخذت، وخذ رأس مالك، ولا تسلم مالنا في شيء من الحيوان. (١)

٢ ـ ما رواه محمد بن الحسن عن عبد الرحمن بن عبد الله بن عتبة عن القاسم ابن عبد الرحمن قال: قال عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ : إنكم تزعمون أنا نعلم أبواب الربا، ولأن أكون أعلمها أحب إلي من أن يكون لي مثل مصر وكورها ولكن منها أبواب لا يكدن يخفين على أحد، أن يبتاع الثمرة وهي معصفة (٢) لما تطب (٣)، أو يسلم في شيء من السن أو يبتاع الذهب بالورق، والورق بالذهب نساء. (٤)

٣ ـ ما رواه محمد بن الحسن عن طاوس أنه سمع ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ وسأله رجل عن البعير بالبعيرين نسيئة، فقال لا آمرك. (٥)

(١) انظر: الحجة على أهل المدينة ٢/٤٨٢.
(٢) المعصفة: من العصف وهو بقل الزرع، انظر الصحاح ٤/١٤٠٤.
(٣) المراد: ما طابت وما استأهلت للاستعمال والاكل، انظر الحجة على أهل المدينة ٢/٤٨٧.
(٤) المرجع السابق ٢/٤٨٤.
(٥) المرجع السابق ٢/٤٨٨.

٤ - ما رواه محمد بن الحسن عن أبى الحسن البراد عن بعض أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه ينهى عن بيع الشاة بالشاتين ، والبعير بالبعيرين إلى أجل .(١)

٥ - ما رواه محمد بن الحسن عن يحيى بن أبى كثير اليمامى قال : حدثنى رجل قال : قال رجل لابن عباس - رضى الله عنهما - وسأله عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ؟ قال : لا يصلح تلك الرؤوس بالرؤوس نسيئة .(٢)

٦ - ما رواه محمد بن الحسن عن ابراهيم النخعى قال : أسلم شريح فى وصيفتين صبيحتين من لغتهما ، واشترط أن يوافى بهما دون النهر بخراسان ، فأتى بالوصيفتين فكره ذلك فردهما وأخذ رأس ماله .(٣)

٧ - ما رواه محمد بن الحسن عن أبى حرة عن محمد بن سيرين أن عتريس ابن عرقوب أسلف فى قلائص ، فلما قدم الرجل وحل ماله أتاه ابن حيان فقال : لا تعطه شيئا حتى تأتى ابن مسعود - رضى الله عنه - فسأله عنه ، فأتى ابن مسعود - رضى الله عنه - فقال : ردوا عليه رأس ماله وكرهه .(٤)

(١) المرجع السابق ٢/٤٨٩ .
(٢) المرجع السابق ٢/٤٩٣ .
(٣) انظر الحجة على أهل المدينة ٢/٤٩٥ .
(٤) انظر الحجة على أهل المدينة ٢/٤٩٨ .

٨ - ما رواه محمد بن الحسن عن سعيد بن المسيب عن على بن أبى طالب - رضى الله عنه - أنه كان يكره بيع البعير بالبعيرين إلى أجل .(١)

وأما المعقول فقد قالوا :-

١ - ان الجنس أحد وصفى علة الربا ، فيعتبر فى تحريم النساء كالوصف الآخر ، ولهذا لا يجوز بيع الحنطة بالشعير نسيئة بالاتفاق .(٢)

٢ - ولأن الحكم يثبت بقدر ثبوت العلة ، فاذا وجدت علة حقيقية بوجود وصفى العلة ، تثبت حرمة الربا ، واذا وجدت شبهة العلة بوجود أحد وصفى العلة تثبت شبهة الربا ، والاحتراز عن شبهة الربا واجب كالاحتراز عن حقيقة الربا ، لأن الشبهة فى باب الحرمات ملحقة بالحقيقة لكنها أدون من الحقيقة فلابد من اعتبار الطرفين ، ففى النسيئة أحد البدلين معدوم وبيع المعدوم غير جائز ، فصار هذا المعنى مرجحا لتلك الشبهة فلا يحل ، وفى غير النسيئة لم تعتبر الشبهة لما قلنا أن الشبهة أدون من الحقيقة .(٣)

(١) المرجع السابق ٢/٤٩٨ .
(٢) انظر حاشية الشيخ الشلبى بهامش تبيين الحقائق ٤/٨٧ ، المغنى ٤/١٥ .
(٣) انظر حاشية الشيخ شلبى بهامش تبيين الحقائق ٤/٨٧ ، مجمع الانهر ٢/٨٥ .

ثالثا : أدلة الامام مالك :

استدل الامام مالك بما يأتي :-

١ - ماروى جابر أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : الحيوان اثنان بواحد لا يصلح نساء ، ولابأس به يد بيد . (١)

٢ - ما رواه ابن عمر أن رجلا قال : يارسول الله ، أرأيت الرجل يبيع الفرس بالأفراس ، والنجيبة بالابل ؟ فقال : لابأس إذا كان يدا بيد . (٢)

وهذا يدل بمفهومه على اباحة النساء مع التماثل . (٣)

رابعا أدلة من ذهب الى حرمة النساء فى كل مال بيع بمال آخر

استدل هذا الرأى بالمعقول فقال : انه بيع عرض بعرض فحرم النساء بينهما كالجنسين من أموال الربا . (٤)

---

(١) انظر : المغني لابن قدامة ٤ / ١٥ .

(٢) الحديث رواه أحمد فى مسنده عن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لاتبيعوا الدينار بالدنانير ، ولا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين ، فانى أخاف عليكم الرما ، والرما هو الربا ، فقام إليه رجل فقال : يا رسول الله أرأيت الرجل يبيع الفرس بالأفراس ، والنجيبة بالابل ، قال " لابأس إذا كان يدا بيد " (مسند أحمد ٢ / ١٠٩) .

(٣) المغني ٤ / ١٥ .

(٤) المغني ٤ / ١٥ .

المناقشة

أولا : مناقشة أدلة الامام الشافعي :

١ - فأما استدلال الشافعية بعمومات الكتاب المقتضية لحل البيع للتجارة مطلقا ، فقد أجيب عنه بأنه قد خص عموم العمومات المذكورة حرمة الربا لقوله تعالى (وحرم الربا) والعام إذا خص منه البعض بنص يجوز تخصيص بعض أفراده بخبر الواحد والقياس فيخص المتنازع بما ذكرنا من الأدلة (١)

٢ - مناقشة ما استدلوا به من السنة :

نوقش استدلالهم بحديث ابن عمرو بما يأتي :-

أ - أنه منسوخ لانه كان قبل نزول آية الربا .

وأجيب بأنه لايخفى أن النسخ لايثبت إلا بعد تقرر تأخر الناسخ ، ولم ينقل ذلك .

ب - أن ماذكره ابن عمرو كان فى دار الحرب ، وعندنا لا ربا بين المسلم والحربي فى دار الحرب ، فتجهيز الجيش وإن كان فى دار الاسلام نقل الآلات كما لو كان فى دار الحرب لعزتها فى دار الاسلام يومئذ .

---

(١) انظر الغرة المنيفة ص ٧٩ .

جـ - أنه محمول على أنه أمره أن يستسلف الزكاة من أربابها فيأخذ بعيرا يصلح للحمل والقتال ببعيرين من أسنان الصدقات .

د - أن هذا الحديث بطريق ابن اسحاق ، بطريق بعنعنة وهو مدلس فلا يحتج به .(١)

٣ - مناقشة ما استدلوا به من فعل الصحابة :

أ - فأما ما استدل به الشافعية من أن عليا بن أبى طالب باع جملا بعشرين بعيرا إلى أجل .

فقد أجيب بأن ابن الاثير ذكر فى شرح مسند الشافعى أن هذا الحديث مرسل ، لأن الحسن وهو راوى الحديث لم يلق جده عليا ، وقد جاء عن على خلاف هذا .

قال عبد الرزاق فى مصنفه : أخبرنى عبد الله بن أبى بكر عن ابن أبى قسيط عن ابن المسيب عن على أنه كره بعير ببعيرين نسيئة .

فان صح الأول يحمل على أنه فعله فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم قبل التحريم .(٢)

ب - وأما ما روى عن ابن عمر ، أنه اشترى راحلة بأربعة أبعرة مضمونة عليه يوفيها صاحبها بالربذة .

---

(١) انظر المبسوط ١٢/١٢٣ ، البناية ٦/٥٣٨ ، نيل الاوطار ٥/٢٣٢ .

(٢) انظر الجوهر النقى مع السنن الكبرى ٥/٢٨٨ ، المصنف للحافظ عبد الرزاق ٨/٢٢ .

فقد أجيب بأنه قد جاء عن ابن عمر خلاف هذا :

قال عبد الرزاق : أخبرنا معمر عن ابن طاوس عن أبيه : أخبرنى أنه سأل ابن عمر عن بعير ببعير نظرة ، فقال : لا ، وكرهه .

فيحمل الأول على أن الابعرة كانت بالربذة فهذا بيع غائب وليس بنسيئة .

وأما شرط الضمان لأن من مذهب ابن عمر أن المبيع لا يكون مضمونا على البائع إلا بالشرط ، كذا ذكره القدورى فى التجريد (١)

٤ - وأما استدلالهم بالمعقول فقد أجاب الحنفية عنه بما يأتى :

قالوا : إن اعتبار ربا النساء بربا الفضل لا يستقيم لاتفاقنا على أن ربا النساء أعم حتى يثبت فى بيع الحنطة بالشعير ، وان كان لا يثبت ربا الفضل ، وليس الجنس كالمالية ، لان جعل المالية علة تؤدى إلى تعميم الربا فى البيوع كلها ، لان البيع لا يجوز إلا فى مال متقوم ، والشرع فصل بين البيع والربا ، فعرفنا أن المالية ليست بعلة فيه ، وليس فى جعل الجنسية علة تعميم الربا فى العقود كلها .(٢)

---

(١) الجوهر النقى ٥/٢٨٨ ، المصنف ٨/٢١ .

(٢) انظر : المبسوط ١٢/١٢٣ .

ثانيا : مناقشة مذهب الحنفية ، ومن وافقهم :

١ ـ مناقشة ما استدلوا به من السنة :

أ ـ نوقش استدلالهم بما رواه الحسن عن سمرة بما يأتى :

١ ـ أن أكثر الحفاظ لا يثبتون سماع الحسن البصرى من سمرة فى غير حديث العقيقة .

قال الشافعى : هو غير ثابت عن النبى صلى الله عليه وسلم .(١)

وأجيب عن ذلك بأن الترمذى حسن هذا الحديث وصححه وقال : العمل عليه عند أكثر أهل العلم من الصحابة وغيرهم ، وهو قول الثورى ، وأهل الكوفة وأحمد ، وسماع الحسن من سمرة صحيح هكذا قال على بن المدينى ، وفى الاستذكار : قال الترمذى : قلت للبخارى فى قولهم لم يسمع الحسن من سمرة إلا حديث العقيقة قال : سمع منه أحاديث كثيرة ، وجعل روايته عنه سماعا وصححها .

وقد أخرج البزار هذا الحديث وقال : ليس فى هذا الباب حديث أجل إسنادا منه .

(١) انظر السنن الكبرى ٥/٢٨٨ ، نيل الاوطار ٥/٢٣١ .

وقد ورد فى هذا الباب حديثان آخران جيدان وحديث ثالث مرسل ، فالاول أخرجه الطحاوى من حديث ابن عمر والثانى عن أبى الزبير عن جابر ، أخرجه ابن ماجة والترمذى وقال حسن ، والثالث : أخرجه الشافعى فى مسنده عن سعيد بن سالم عن ابن جريج عن عبد الكريم الجزرى أن زياد بن أبى مريم مولى عثمان أخبره أن النبى صلى الله عليه وسلم ، بعث مصدقا له فجاء بظهر سنان فلما نظره النبى صلى الله عليه وسلم قال : "هلكت وأهلكت" فقال : يا رسول الله : إنى كنت أبيع البكرين والثلاثة بالبعير المسن يدا بيد ، وعلمت من حاجة رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى الظهر ، فقال عليه السلام : "فذاك إذا" .

قال ابن الاثير فى شرحه : يدل على صحة قول من منع النسيئة فى الحيوان بالحيوان ، لانه لما قال : "يدا بيد" أقره على فعله فظهر بهذه الأحاديث المختلفة الطرق التى أيد بعضها بعضا أن هذا الحديث ثابت خلافا للشافعى رحمه الله .(١)

٢ ـ ونوقش هذا الحديث أيضا بأن بعض الفقهاء حمله على بيع أحدهما بالآخر نسيئة من الجانبين فيكون دينا بدين فلا يجوز .(٢)

(١) انظر الجوهر النقى ٥/٢٨٨ ، سنن الترمذى ٣/٥٣٨ .
(٢) انظر نيل الاوطار ٥/٢٣٢ ، سبل السلام ٣/٨٥١ .

وأجيب بمنع ذلك لأنه إذا قيل : باع فلان عبده بالحيوان نسيئة ، فانما يفهم منه النسيئة فى البدل خاصة ، ومطلق الكلام محمول على ما يتفاهمه الناس ، (١)

ب ـ وأما استدلالهم بحديث جابر فقد نوقش بما يأتى :ـ

جاء فى المغنى : قال أبو عبد الله هذا حجاج زاد فيه نساء ، وليث ابن سعد سمعه من أبى الزبير ولا يذكر فيه نساء وحجاج هذا هو حجاج ابن أرطأة ، قال يعقوب بن شيبة : هو واهى الحديث وهو صدوق ، (٢)

وأجيب عن ذلك بأن الترمذى صححه ، بالاضافة إلى أن هذا الحديث يعضده أحاديث أخرى جيدة واردة فى هذا الباب ، وكثرة الأحاديث يعضد بعضها بعضا ويقوى الدليل ، (٣)

جـ ـ وأما حديث أسامة وقولهم فى استدلالهم به ان النقدية أوجبت فضلا فى المالية فيتحقق شبهة الربا وهى ملحقة بالحقيقة أحتياطا ، فقد اعترض عليه من وجهين :

الوجه الأول : أن كونه من مال الربا من وجه شبهة ، وكون الشبهة أوجبت فضلا شبهة ، فصارت شبهة الشبهة فالشبهة هى المعتبرة دون النازل عنها ،

(١) انظر : المبسوط ١٢/ ١٢٣ ،
(٢) المغنى ٤/ ١٦ ،
(٣) سنن الترمذى ٣/ ٥٣٩ ،

والوجه الثانى : أن كونها شبهة الربا كالحقيقة إما أن يكون مطلقا ، أو فى محل الحقيقة ، والأول ممنوع والثانى مسلم لكنها كانت جائزة فيما نحن فيه فيجب أن تكون الشبهة كذلك (١)

وقد أجاب الحنفية على هذا الاعتراض بما يأتى :ـ

١ ـ أما الوجه الاول : فالجواب عنه أن الشبهة الأولى فى المحل والثانية فى الحكم ، وثمة شبهة أخرى وهى التى فى العلة ، ولشبهة العلة والمحل تثبت شبهة الحكم لا شبهة الشبهة ،

٢ ـ وأما الوجة الثانى : فالجواب عنه أن القسمة غير حاصرة ، بل الشبهة مانعة فى محل الشبهة اذا وجدت العلة بكمالها ، (٢)

ثالثا : مناقشة مذهب الامام مالك :

أما الحديث الاول فقد سبقت مناقشته مع أبى حنيفة ، وأما الحديث الثانى فقد قال الامام أحمد إنه مرسل ، وعلى فرض صحتهما فليس فيهما مايدل على التفرقة بين حالتى التفاضل والتماثل ولذلك وجدنا أن الاحناف قد استدلوا بهما على حرمة النساء عند

(١) انظر : البحر الرائق ٦/ ١٣٩ ، البناية ٦/ ٥٣٨ ، شرح العناية على الهداية ٥/ ٢٨٠ ،
(٢) انظر البحر الرائق ٦/ ١٣٩ ، البناية ٦/ ٥٣٨ ، شرح العناية ٥/ ٢٨٠ ،

اتحاد الجنس ، وسواء فى ذلك التفاضل أو التماثل .

وأما قول المالكية إنهما يدلان بمفهومهما على إباحة النساء مع التماثل ، فيرد عليه أن الحنفية لايقولون بحجية مفهوم المخالفة فى النصوص الشرعية .(١)

هذا بالاضافة الى ورود أحاديث أخرى صريحة فى هذا الباب تحرم النساء عند اتحاد الجنس دون تفرقة بين متفاضل أو متماثل .

قال الامام محمد بن الحسن فى رده على أهل المدينة .

" لوجاز بيع الحيوان نسيئة حتى يكون العبد والأمة دينا كما يكون فى الحنطة والشعير ، لجاز للرجل أن يقترض من الرجل العبد فيكون عليه عبد مثله دينا فيستخدمه شهرا ثم ان شاء رده بعينه قضاء إياه ، وان شاء أعطاه مثله .

ويستقرض أيضا الجارية وهى ثيب فيطأها زمنا ثم يردها بغير صداق ، فما أعظم هذا القول ، أن يقول قائل : إن الفروج تستقرض قرضا فتوطأ ثم ترد .(٢)

---

(١) انظر : الوجيز فى أصول الفقه للدكتور عبد الكريم زيدان ص ٣٧٦ ، المغنى ٤/١٦ .
(٢) انظر : الحجة على أهل المدينة ٢/٤٨١ .

رابعا : مناقشة المذهب الرابع :

ناقش ابن قدامة هذه الرواية عن الامام أحمد فقال :
" وهذه الرواية ضعيفة جدا ، لأنه إثبات حكم يخالف الأصل بغير نص ولا اجماع ولا قياس صحيح "

فان فى المحل المجمع عليه أو المنصوص عليه أوصافا لها أثر فى تحريك التفاضل ، فلا يجوز حذفها عن درجة الاعتبار .
وما هذا سبيله لايجوز إثبات الحكم فيه وان لم يخالف أصلا فكيف يثبت مع مخالفة الأصل فى حل البيع ؟ (١)

الرأى المختار

بعد استعراض آراء العلماء فى بيع غير المكيل والموزون والمطعوم فانني أرى ترجيح الرأى القائل بحرمة النساء عند اتحاد الجنس لافرق فى ذلك بين التفاضل والتماثل ، وهذا ماذهب اليه الإمام أبو حنيفة مع بعض العلماء ، لقوة أدلتهم ، ولأنا قد وجدنا أن الأحاديث الواردة فى هذا الباب لم يخل أى منهما من مقال سواء فى ذلك أحاديث النهى ، أو أحاديث الاباحة ، فوجب

---

(١) انظر : المغنى ٤/١٥ .

الصير الى الترجيح ، ولا شك أن أحاديث النهى قد ثبتت من طريق ثلاثة من الصحابة : " سمرة ، وجابر ، وابن عباس " وبعضها يقوى بعضا ، فهى أرجح من حديث واحد غير خال من المقال ، وهو حديث عبد الله بن عمرو ، ولا سيما وقد صحح الترمذى وابن الجارود حديث سمرة ، فان ذلك مرجح آخر .

وأيضا قد تقرر فى الاصول أن دليل التحريم أرجح من دليل الاباحة ، وهذا مرجح ثالث .

وأما الاثار الواردة عن الصحابة فلا حجة فيها ، وعلى فرض أنها حجة فقد عارضها آثار أخرى مروية عن نفس الصحابة وعن غيرهم تفيد نقيض ما ذهبوا اليه .(١)

وأما تفريق الامام مالك بين حالتى التفاضل والتماثل عند اتحاد الجنس فيرد عليه أنه تحكم لا دليل عليه إلا مفهوم المخالفة وحجيته محل خلاف بين العلماء .

وأما الرواية الرابعة عن أحمد فان القول بها يؤدى الى اغلاق باب البيع ، لأنه يؤدى الى تعميم الربا فى البيوع كلها ، وحل البيع ثابت بنص القرآن ، فلا يجوز مخالفة النص بقول لم يرد فى كتاب ولا سنة ولا اجماع ، هذا فضلا عن الحرج الواقع على الناس فى التعامل ، وهذا مخالف لقصد الشارع فلا يجوز الاخذ به

والله أعلم

(١) انظر نيل الاوطار ٥/ ٢٣٢ ، حاشية سعدى حلبى على شرح العناية مع فتح القدير ٥/ ٢٨٠ .

البحث الرابع

بيع البر بالشعير

اختلف العلماء فى البر والشعير هل هما جنس واحد أو جنسان على النحو التالى :-

١ - فذهب الشافعى ، وأبو حنيفة ، وأحمد ، والثورى ، واسحاق وداود ، وأبو ثور ، وعطاء ، والنووى ، واسماعيل بن علية والنخعى ، والشعبى ، والزهرى ، والحسن البصرى وأكثر أهل الكوفة ، وأهل البصرة ، إلى أن البر والشعير جنسان ، فيجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا .

وبه قال ابن عمر ، وعبادة بن الصامت ، وأبو هريرة ، وجابر بن عبد الله ، وأنس بن مالك .

٢ - وخالف الامام مالك - رحمه الله - والأوزاعى ، والليث بن سعد فقالوا : إنهما جنس واحد ، فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر الا مثلا بمثل .

وبه قال ربيعة ، وأبو الزناد ، والحكم ، وحماد ، وأبو عبد الرحمن السلمى ، وسليمان بن بلال ، وسعد بن أبى وقاص ، وعبد الرحمن بن الاسود ، وابن معيقيب الدوسى ، وهو رواية عن أ...

قال ابن عبد البر : وهو قول أكثر أهل المدينة والشا م . (١)

الأدلـــــــــة

أولا : أدلة الرأى الاول :

استدل الشافعى ، وأبو حنيفة ، وجمهور العلماء بالسنـــة والمعقول :

فمـــن السنـــة :

١ - قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث أبى هريرة الثابت فـــى مسلم " التمر بالتمر ، والحنطة بالحنطة ، والشعير بالشعـير والملح بالملح ، مثلا بمثل ، يدا بيد ، فمن زاد أو اسـتزاد فقد أربى إلا ما اختلفت ألوانه " (٢)

٢ - قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث عبادة من رواية مسلــم " فاذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كـــان يدا بيد " (٣)

وفى حديث عبادة الذى فى سنن أبى داود : " ولا بـــأس

(١) انظر : تكملة المجموع ١٠/ ٧٠ ، المغنى ٤/ ٢٧ ، الحجـــة على أهل المدينة ٢/ ٥٩٨ ، موطأ مالك ٢/ ٦٤٦ ، نيـــل الاوطار ٥/ ٢١٩ ، بداية المجتهد ٢/ ١٣٥ .

(٢) الحديث رواه مسلم بلفظه عن أبى هريرة ، أنظر : مسلـم ك المساقاة ٣/ ١٢١١ .

(٣) الحديث فى مسلم بلفظه عن عبادة بن الصامت ، أنظر : مسلم ك المساقاة ٣/ ١٢١١ .

ببيع البر بالشعير والشعير أكثرهما يدا بيد ، وأما نسيئة فلا (١)

وفى الترمذى من حديث عبادة : " بيعوا البر بالشعير كيـــف شئتم " (٢)

ومن رواية النسائى : " وأمرنا أن نبيع الذهب بالورق ، والـــورق بالذهب ، والبر بالشعير ، والشعير بالبر ، يدا بيد كيـــف شئنا " (٣)

قالوا : وهذا صريح صحيح لا يجوز تركه بغير معارض مثله .

وأيضا : فانه نص على الأشياء الستة ، وأفرد كل واحد منها باسم وانما قصد الأجناس ، فدل على أن البر جنس ، والشعير جنس .

وأيضا : فإنهما لم يشتركا فى الاسم الخاص ، فلم يكونا جنسا واحدا كالتمر بالحنطة . (٤)

وأما المعقـول فقد قالـوا :

١ - إنهما شيئان اختلف أسماؤهما ومنافعهما فوجب أن يكونـــا صنفين ، أصله الفضة والذهب وسائر الاشياء المختلفة فـــى الاسم والمنفعة . (٥)

(١) الحديث فى سنن أبى داود بلفظه ، انظر : سنن أبى داود ك البيوع ٣/ ٢٤٨ .

(٢) انظر : سنن الترمذى ، كتاب البيوع ، باب ٢٣ ، ٣/ ٥٤١

(٣) الحديث رواه النسائى عن عبادة بلفظه انظر سنن النسائى ٧/ ٢٤٢

(٤) انظر المغنى ٤/ ٢٨ ، التكملة ١٠/ ٧١ .

(٥) انظر بداية المجتهد ٢/ ١٩٧ الماوردى فى القسم التحقيقى صـ ٢٣٤

٢ ـ قال الامام محمد بن الحسن فى احتجاجه على أهل المدينة " أرأيتم صدقة الفطر من الصدقات ، أليس قد قيل فيها نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير ؟ فلو كان البر نصف صاع ، وفى الشعير صاع ، ويجعل ذلك شيئا واحدا كما جعل ذلك فى التمر شيئا واحدا وأصنافه مختلفة ، فهذا يدلكم على أن الشعير صنف غير البر . (١)

ثانيا : أدلة الامام مالك ومن وافقه :

استدل الامام مالك ومن وافقه بالسنة والمعقول .

فمن السنة :

١ ـ ما روى عن معمر بن عبد الله أنه أرسل غلامه بصاع قمح فقال بعه ثم اشتر به شعيرا ، فذهب الغلام فأخذ الصاع وزيادة بعض صاع ، فلما جاء معمرا أخبره بذلك ، فقال له معمر : لم فعلت ذلك ؟ انطلق فرده ، ولا تأخذن إلا مثلا بمثل فان النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ نهى عن بيع الطعام بالطعام إلا مثل بمثل ، وكان طعامنا يومئذ الشعير . قيل : فانه ليس بمثله ، قال إنى أخاف أن يضارع . (٢)

(١) انظر : الحجة على أهل المدينة ٢/ ٥٩٨ .
(٢) الحديث رواه مسلم عن معمر بلفظه ، انظر : مسلم كتاب المساقاة ٣/ ١٢١٤ .

ووجه الدلالة : أن اسم الطعام يتناول البر والشعير . (١)

٢ ـ ما رواه زيد أبو عياش أنه سأل سعد بن أبى وقاص عن البيضاء بالسُّلْت . (٢)

فقال له سعد : أيهما أفضل قال البيضاء فنهاه عن ذلك (٣)

٣ ـ ما رواه مالك فى الموطأ أنه بلغه أن سليمان بن يسار قال : " فنى علف حمار سعد بن أبى وقاص فقال لغلامه : " خذ من حنطة أهلك فابتع بها شعيرا ، ولا تأخذ إلا مثله " . (٤)

٤ ـ وعن مالك أيضا فى الموطأ عن نافع : أن سليمان بن يسار أخبره أنه فنى علف دابة عبد الرحمن بن الأسود بن عبد يغوث فقال لغلامه : خذ حنطة أهلك طعاما فابتع بها شعيرا ولا تأخذ إلا مثله .

قال مالك : بلغنى عن القاسم بن محمد عن ابن معيقيب مثل ذلك . (٥)

٥ ـ روى عن عمر بن الخطاب أنه رأى معيقيبا ومعه صاع من شعير قد استبدله بمد من حنطة فقال له عمر ـ رضى الله عنه ـ :

(١) انظر : تكملة المجموع ١٠/ ٧٣ ، المغنى ٤/ ٢٧ .
(٢) البيضاء : قال ابن عبد البر هو الشعير ، والسُّلْت : نوع من الشعير لا قشر له . انظر تكملة المجموع ١٠/ ٧٣ ، ٧٥ .
(٣) الحديث رواه أبو داود بلفظه عن زيد أبى عياش ، قال صاحب بلوغ المرام : صححه ابن المدينى ، والترمذى ، وأبو حبان والحاكم ، انظر سنن أبى داود كتاب البيوع ٣/ ٢٥١ ، سبل السلام ٨٥٧ .
(٤) انظر : موطأ مالك كتاب البيوع ٢/ ٦٤٥ .
(٥) انظر : موطأ مالك كتاب البيوع ٢/ ٦٤٥ .

لايحل لك ، إنما الحب مد بمد ، وأمره أن يرده الى صاحبه .

قال ابن عبد البر : فاحتمل أن يكون عمر رأى الحبوب كلها صنفا واحدا ، واحتمل أن يكون البر والشعير عنده فقط صنفا واحدا .

فهؤلاء أربعة من الصحابة " عمر ، وسعد بن أبي وقاص ومعمر ، ومعيقيب الدوسي ، وعبد الرحمن بن الأسود بن عبد يغوث وهو من كبار التابعين منعوا التفاضل بينهما مع ظاهر قوله صلى الله عليه وسلم : " الطعام بالطعام مثلا بمثل " (١)

وأما المعقول فقد احتجوا بما يأتي :

١ ـ أن أحدهما يغش بالاخر فكان كنوعي الجنس . (٢)

٢ ـ قالوا أيضا : إن تقارب الأغراض والمنافع في الشيء يصيره كالجنس الواحد ، بدليل اتفاقهم في الحنطة والعلس ، وان اختلفت أسماؤها وأجناسها ، وما بين الحنطة والشعير من التقارب أشد مما بينهما وبين العلس ، وأن أحدهما لا يكاد ينفك عن الاخر ، فلولا أنهما جنس واحد لم يجز بيع البر بالبر وفيه شيء من الشعير ، لانه لابد من تفاوتهما ، فهما نوعان لجنس واحد كالحنطة الحمراء مع السمراء . (٣)

---

(١) انظر : تكملة المجموع ١٠/ ٧٤ .
(٢) انظر : المغني ٤/ ٢٨ .
(٣) انظر : تكملة المجموع ١٠/ ٧٤ .

المبحث الخامس

قاعدة مد عجوة ودرهم :

يقصد بهذه القاعدة : أن يشتمل العقد على ربوي من الجانبين ومعهما أو مع أحدهما عوض من غير جنسه ، كمد ودرهم بمد ودرهم أو بمدين أو بدرهمين ، أو باع شيئا محلى بجنس حليته فهذه المسألة تسمى مسألة مد عجوة . (١)

فاذا بيع ذهب مع غيره بذهب ، أو فضة مع غيرها بفضة أو حنطة مع غيرها بحنطة ، أو ملح مع غيره بملح ، وكذا سائر الربويات ، فقد اختلف العلماء في جواز ذلك على النحو التالي :ـ

١ ـ فذهب الشافعي ، وأحمد ، واسحاق ، ومحمد بن الحكم المالكي ، وزفر إلى عدم جواز ذلك ، وروى هذا عن شريح وابن سيرين ، وبه قال أبو ثور .

وقد أطبق الشافعي وأصحابه على بطلان البيع في ذلك إلا أن ينص في بيعه فيقول : المد في مقابلة المد ، والدرهم في مقابلة الدرهم .

---

(١) انظر : المغني ٤/ ٣٩ ، روضة الطالبين ٣/ ٣٨٤ ، فتح العزيز ٨/ ١٧٢ .

٢ - وذهب أبو حنيفة ، والثورى ، والحسن بن صالح ، والعترة إلى أنه يجوز بيع هذا كله إذا كان المفرد أكثر من الذى معه غيره ، أو كان مع كل واحد منهما من غير جنسه .

وهو رواية ثانية عن أحمد .

٣ - وقال مالك وأصحابه وآخرون : يجوز بيع السيف المحلى بذهب وغيره مما هو فى معناه مما فيه ذهب بذهب إذا كان الذهب فى المبيع تابعا لغيره .

وقدروه بأن يكون الثلث فما دونه .

٤ - وقال حماد بن أبى سليمان : يجوز بيع السيف المحلى بذهب بالذهب ، سواء باعه بمثله من الذهب أو أقل أو أكثر .(١)

الادلـــــــــة

أولا : أدلة الشافعية ومن وافقهم :

استدل الشافعية بأدلة من السنة والمعقول :

فمـن السنـة :

(١) انظر : نيل الأوطار ٥/٢٢٣ ، المغنى ٤/٣٩ ، صحيح مسلم بشرح النووى ١١/١٧ ، الغرة المنيفة ص ٨٠ ، موطأ مالك ٢/١٣٦ ، شرح معانى الاثار ٤/٧٢ ، تكملة المجموع ١٠ / ١٠٠ ، البناية ٦/٧٠٠ ، مجمع الأنهر ٢/١١٩ تبيين الحقائق ٤/١٣٨ ، المبسوط ١٤/١١ الجوهر النقى ٥/٢٩٢

١ - ما روى عن فضالة بن عبيد قال : أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بخيبر بقلادة فيها خرز وذهب ، وهى من المغانم تباع ، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذهب الذى فى القلادة فنزع وحده ، ثم قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم : " الذهب بالذهب وزنا بوزن " (١)

٢ - ما روى عن حنش أنه كان مع فضالة بن عبيد فى غزاة ، قال فصارت لى ولأصحابى قلادة فيها ذهب وورق وجوهر ، فأردت أن أشتريها ، فسألت فضالة فقال : انزع ذهبها فاجعله فى كفة ، واجعل ذهبك فى كفة ، لا تأخذ إلا مثلا بمثل فانى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول " من كان يؤمن بالله واليوم الآخر لا يأخذ إلا مثلا بمثل . (٢)

٣ - أمر النبى صلى الله عليه وسلم ألا يباع الذهب والفضة بشىء من نوعهما إلا عينا بعين وزنا بوزن ، وألا يباع شىء من الأصناف الأربعة بشىء من نوعه إلا كيلا بكيل عينا بعين فاذا كان فى أحد الأنواع المذكورة خلط أو شىء مضاف اليه فلا سبيل إلى بيعه بشىء من نوعه عينا بعين ، ولا كيلا بكيل

(١) انظر : المغنى لابن قدامة ٤/٤١ ، والحديث رواه مسلم عن فضالة بلفظه ، انظر : مسلم ٣/١٢١٣ .

(٢) انظر : الغرة المنيفة ص ٨٠ والحديث رواه الطحاوى وسيأتى بيانه فى المناقشة ، انظر : شرح معانى الاثار ٤/٧٤ .

ولاوزنا بوزن ، لانه لايقدر على ذلك أصلا . (١)

٤ ـ روى أن معاوية باع سقاية من ذهب أو ورق بأكثر من وزنها فقال أبو الدرداء : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن مثل هذا إلا مثل بمثل . فقال له معاوية : ما أرى بمثل هذا بأسا ، فقال أبو الدرداء : من يعذرني من معاوية ؟ أنا أخبره عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ويخبرني عن رأيه ، لا أساكنك بأرض أنت بها . " (٢)

وأما المعقول فقد قالوا :

١ ـ ان الصفقة إذا جمعت شيئين مختلفي القيمة انقسم الثمن عليهما ، والدليل عليه : أنه اذا باع سيفا وشقصا بألف قوم السيف والشقص ، وقسم الألف عليهما على قدر قيمتها ، وأخذ الشفيع الشقص بحصته من الثمن على قدر قيمته ، وأمسك المشترى السيف بحصته من الثمن على قدر قيمته ، واذا قسم الثمن على قدر القيمة أدى إلى الربا .

لانه إذا باع دينارا صحيحا قيمته عشرون درهما ، ودينارا

(١) انظر : المحلى لابن حزم ٩/٥٥٠ ، والحديث لم يرد صريحا وهو بالمعنى من حديث عبادة .

(٢) انظر : الماوردى فى القسم التحقيقى صـ ٢٤٢ ، والحديث رواه مالك .

قراضة قيمته عشرة بدينارين ، وقسم الثمن عليهما على قدر قيمتها ، صارت القراضة مبيعة بثلث الدينارين ، والصحيح بالثلثين وذلك ربا . (١)

٢ ـ أن الجهل بالمماثلة كحقيقة المفاضلة ، ويشهد له النهى عن بيع الصبرة بالصبرة لا يعلمان كيلها ، ومنع بيع التمر بالرطب خرصا فى غير العرايا .

قال ابن السمعانى : وهى تخرج المسألة على الأصل الذى عرف لنا فى مسائل الربا ، وهو أن الأصل فى بيع هذه الأموال بعضها ببعض الحظر ، إلا أنه يتخلص عن الحظر بالبيع على وجه مخصوص ، فاذا لم يوجد ذلك الوجه يبقى محظورا تمسكا بالأصل .

ووجه الجهل بالمماثلة فيه : أنه يحتمل أنه باع المد بالمد والمد الثانى بالدرهم ، ويحتمل غيره ، بأن يجعل بأكثر من المد أو بأقل منه ، فدل على أنه لو جهل لما باع المثل بالمثل ولن يكون كذلك إلا اذا نص على وجه لايحتمل غيره . (٢)

٣ ـ قالوا : إن فى الصرف إلى خلاف الجنس تغيير تصرف البائع لأنه قابل الجملة بالجملة ، ومن قضية التقابل الانقسام على

(١) انظر : المهذب ١/٢٧٤ ، المغنى ٤/٤١ .

(٢) انظر : تكملة المجموع ١٠/٢٤١ ، المغنى ٤/٤١ .

الشيوع لا التعيين ، ومعنى الشيوع هو أن يكون لكل واحد من البدلين حظ من جملة الآخر ، والتغيير لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف ، لانه يعتبر المقابلة غير الأولى ، ويكون التصرف تصرفا آخر ، والواجب تصحيح تصرف العاقل على الوجه الذى باشره وقصده ، لا على خلاف ذلك ، والعاقد قد قصد المقابلة المطلقة لا مقابلة الجنس إلى خلاف الجنس ، وهى انشاء تصرف آخر وفسخ التصرف الاول .(١)

ثانيا : أدلة أبى حنيفة ومن وافقه :

استدل الامام أبى حنيفة بقول الصحابة والمعقول :

فمن الاول :

ما رواه الطحاوى عن سعيد بن جبير عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : "اشتر السيف المحلى بالفضة" .

قالوا : فهذا ابن عباس رضى الله عنهما قد أجاز بيع السيف الذى حليته فضة بفضة .(٢)

---

(١) انظر : البناية ٦/٧٠٢ .

(٢) انظر : شرح معانى الاثار ٤/٧٦ ، الغرة المنيفة صـ ٨٠
وقد [illegible]ها الاثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
وما ذكرته هو الثابت بشرح معانى الاثار .

ومن الثانى :

١ـ أن تصرف العاقل يحمل على الصحة ، وقد أمكن هنا الحمل على الصحة بأن تكون الفضة والذهب بمثلها ، والباقى بمقابلة الباقى ، وقد روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : "إذا وجدتم لمسلم مخرجا فأخرجوه" فلما كان متبايعا المد والدرهم بالمدين لو شرطا فى العقد أن يكون مد بمد ودرهم بمد صح العقد ، وجب أن يحمل عليه أيضا مع عدم الشرط ، ليكون العقد محمولا على الصحة دون الفساد .(١)

٢ـ أن المخالفين لنا من الفقهاء لا يختلفون فى جواز بيع دينارين ، أحدهما أفضل من الآخر فى الجودة صفقة واحدة بدينارين متساويين فى الجودة أو بذهب غير مضروب جيد ، فلو كان ذلك مردودا إلى حكم القيمة كما ترد العروض من غير الذهب والفضة إذا بيعت بثمن واحد ، اذا لفسد البيع ، لأن الدينار الردئ يصيبه أقل من وزنه إذا كانت قيمته أقل من قيمة الدينار الآخر ، فلما أجمع على صحة ذلك البيع ، وكانت السنة قد ثبتت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن الذهب تبره وعينه سواء ، ثبت بذلك أن حكم الذهب فى البيع إذا كان

---

(١) انظر : الغرة المنيفة صـ ٨٠ ، البناية ٦/٧٠٢ ، الماوردى فى القسم التحقيقى صـ ٢٤٠ .

بذهب على غير القسمة على القيم ، وأنه مخصوص فى ذلك بحكم دون حكم سائر العروض المبيعة صفقة واحدة ، وانما يصيبه من الثمن وزنه ، لا ما يصيب قيمته . (١)

٣ ـ قالوا : ولان العقد يقتضى مطلق المقابلة من غير أن يتعرض لمقيد ، لا لمقابلة الكل بالكل بطريق الشيوع ، ولا لمقابلة الفرد من جنسه ولا من خلاف جنسه ، لما عرف أن المطلق غير متعرض للمقيد ، ولكن مع هذا عند الوجود لايوجد إلامقيدا لتعذر وجود ذات بدون صفة ، وان كان اللفظ غير متعرض للصفة بل للذات فقط ، فيحمل على المقيد المصحح عند تعذر العمل بالاطلاق .

ألا ترى أنه لو قال عند المقابلة : على أن يكون الجنس بخلاف الجنس صح ، ولو كان منافيا لما صح ، فكان حمله على المقيد المصحح أولى من حمله على المقيد المفسد ، وهو مقابلة الكل بالكل شائعا طلبا للصحة .

ألا ترى أن الكلام أصله أن يكون مستعملا فى حقيقته ثم إذا تعذرت الحقيقة حمل على المجاز الممكن إذا كان لايصح إلا بالحمل عليه .

ولو اشترى لحما من قصاب جاز مع احتمال كونه ميتة ، ولكن وجب

(١) انظر : ـرح معانى الاثار ٤/٧٣ .

حمله على أنه مذكى تصحيحا للعقد .

ولو اشترى من انسان شيئا جاز مع احتمال كونه غير ملكه ولا أذن له فى بيعه تصحيحا للعقد أيضا . (١)

٤ ـ ولأن المماثلة فيما يدخله الربا معتبرة بالكيل إن كان مكيلا أو بالوزن إن كان موزونا ، فأما القيمة فلا اعتبار بها فى المماثلة لا فى المكيل ، ولافى الموزون .

ألا تراه لو باع كرا من حنطة يساوى عشرة دنانير بكر من حنطة يساوى عشرين دينارا صح العقد لوجود التماثل فى الكيل وان حصل التفاضل فى القيمة .

واذا بطل اعتبار القيمة فى المماثلة صار العقد مقسطا على الأجزاء دون القيم ، فيصير مد بازاء مد ، ودرهم بازاء مد

ثالثا : أدلة الامام مالك :

استدل الامام مالك بأدلة من المعقول نجملها فيما يأتى :ـ

١ ـ أنه اذا كان الجنس المقابل بجنسه الثلث فما دونه فهو مغلوب ومكثور للجنس المخالف ، والاكثر ينزل فى غالب الاحكام منزلة الكل ، فكأنه لم يبع ذلك الجنس بجنسه . (٢)

(١) انظر : تبيين الحقائق ٤/١٣٨ ، المغنى : ٤/٤٠ .

(٢) انظر : سبل السلام ٣/٨٥٠ .

٢ ـ أنه إذا كانت الفضة التى فى الحلية أو السيف قليلة لم تكن مقصودة فى البيع ، وصارت كأنها هبة .(١)

٣ ـ أن ما ذكرناه مباح اتخاذه ، فيجوز بيعه مع غيره .(٢)

رابعا : أدلة من قال بالجواز مطلقا وهو حماد بن أبى سليمان :

وبالبحث والتمحيص لم أعثر لهذا الرأى على دليل .

الباب الثانى
السلم

تمهيد وتعريف :

السلم فى اللغة : عبارة عن نوع من البيع يعجل فيه الثمن . وهو يسمى سلما وسلفا وإسلاما وإسلافا . سمى بذلك لأن فيه تسليم رأس المال للحال .

وفى الشرع : بيع آجل بعاجل .

ركن السلم : هو ركن البيع وهو الإيجاب والقبول . بأن يقول رجل لآخر أسلمت إليك عشرة دراهم فى كر حنطة ، ويقول الآخر قبلت .

ويسمى صاحب الدراهم رب السلم أو المسلم . ويسمى الآخر المسلم إليه ويسمى المبيع بالمسلم فيه . ويسمى الثمن رأس المال .

حكمه : ثبوت الملك لرب السلم فى المسلم فيه مؤجلا بمقابلة ثبوت الملك فى رأس المال معجلا .

التفريق بين السلم وبين ما يشبهه :

١ ـ التفرقة بينه وبين الدين :

الدين هو ما يثبت فى الذمة من غير أن يكون معينا مشخصا سواء كان نقدا أو غيره وأما السلم فلابد أن يكون فى مقابلة ثمن معجل ولا يجوز أن يكون نقدا ، وبذلك يكون الدين أعم من السلف .

٢ ــ بيع العين الغائبة الموصوفة فى الذمة :

وهو يفترق عن السلم فى أن بيع الموصوف فى الذمة قد يكون حالا ، وأما السلم فيشترط فيه تأجيل تسليم المبيع ٠

وفرق الشافعية الذين أجازوا أن يكون المبيع فى السلم حالا ومؤجلا ، بينه وبين بيع الموصوف بأن الثانى يشترط فيه استعمال لفظ البيع ، وحينئذ لا يشترط فيه تسليم رأس المال فى الحال ، وأما عقد السلم فلابد وأن يكون بلفظ السلم ، وحينئذ يشترط تسليم الثمن قبل التفرق ٠

وإذا تم بيع الموصوف فى الذمة بلفظ البيع وجب تعيين أحد العوضين كيلا يصير بيع كالئ بكالئ وهذا باطل ٠ على أنه لا يشترط فى هذه الصورة أن يتم قبض أحد العوضين فى المجلس، لأن التعيين بمنزلة القبض ، لصيرورة المعين حالا لا يدخله أجل أبدا [١].

٣ ــ عقد الإجارة :

وهذه يكون العقد فيها على المنافع لمدة معلومة ، وأما السلم فهو بيع العين لا المنفعة ٠

٤ ــ عقد الاستصناع :

وهى عقد مقاولة مع صانع السلعة على أن يعمل شيئاً معلوما ٠ بخلاف السلم الذى لا يكون على الصنعة بل على سلعة محددة بالوصف يستطيع البائع الحصول عليها دون أن يتدخل فيها بالتصنيع ٠

---

(١) الموسوعة الفقهية الصادرة عن وزارة الأوقاف الكويتية ١٩٢/٢٥ ، المغنى ٥٨٣/٣ ٠

أدلة مشروعية السلم

السلم مشروع ، ثبتت شرعيته بالكتاب والسنة والإجماع :

أ ــ فمن الكتاب : قوله تعالى : **﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ﴾** [١] قال ابن عباس : أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله تعالى فى كتابه وأذن فيه ، ثم تلا هذه الآية [٢].

ووجه الدلالة فى هذه الآية : أنها أباحت الدين ، والسلم نوع من الديون ٠ قال ابن العربى المالكى : " الدين هو عبارة عن كل معاملة كان أحد العوضين فيها نقدا ، والآخر فى الذمة نسيئة ، فإن العين عند العرب ما كان حاضرا ، والدين ما كان غائبا " [٣].

فدلت الآية على حل المداينات بعمومها وشملت السلم باعتباره من أفرادها ، إذ المسلم فيه ثابت فى ذمة المسلم إليه إلى أجله [٤].

ب ــ ومن السنة :

١ ــ أن النبى ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص فى السلم قال صاحب البناية : الظاهر أن هذا الحديث مركب من حديثين ٠ الأول : حديث " لا تبع ما ليس عندك"[٥]، وأما الثانى الذى فيه الرخصة فهو ما رواه ابن عباس رضى

---

(١) سورة البقرة الآية ٢٨٢ ٠
(٢) مسند الشافعى ــ كتاب البيوع ص١٣٨ ٠
(٣)أحكام القرآن لابن العربى ٢٤٧/١ ٠
(٤) الموسوعة ١٩٣/٢٥ ٠
(٥) رواه الترمذى وصححه ٠

الله عنهما أن رسول الله ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون فى التمر السنة والسنتين وربما قال والثلاث فقال : من أسلف فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم"[١] .

٢ ـ وعن عبد الرحمن بن أبزى وعبد الله بن أبى أوفى قالا : " كنا نصيب المغانم مع رسول الله ﷺ فكان يأتينا من أنباط الشام فنسلفهم فى الحنطة والشعير والزيت إلى أجل مسمى فقلت : أكان لهم زرع أو لم يكن لهم زرع ؟ فقال : ما كنا نسألهم عن ذلك " [٢] .

جـ ـ وأما الإجماع : فذكره ابن المنذر حيث قال : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز " [٣] .

حكمة مشروعية السلم :

السلم مشروع على خلاف القياس لحاجة الناس إليه . أما كونه على خلاف القياس فلأنه بيع لمعدوم ، إذ المبيع هو المسلم فيه وهو معدوم ، غير المملوك ، أو لمملوك غير المقدور على تسليمه لا يصح فبيع المعدوم غير صحيح من باب أولى .

وأما كون الناس محتاجة إليه ، فلأن الفقير والغنى محتاج إليه . إذ ربما لا يكون عند الفقير عين مال يبيعها وينفق على نفسه فيحتاج إلى أخذ السلم . والغنى يحتاج إلى أن ينفق على نفسه وعياله فيحتاج إلى الاسترباح ، وهو يحصل بهذا الطريق أكثر مما يحصل بشراء الأعيان ، لأن الأعيان تشترى بالمثل ، والدين بأقل فجوز باعتبار الحاجة بالنص الوارد سابقا .

---

(١) رواه الشافعى فى مسنده ١/١٣٩ .
(٢) رواه البخارى .
(٣) المغنى ٤/٣٠٤ .

الفصل الأول
أركان السلم وشروط صحته

ركن السلم عند الحنفية هو ركن البيع المتمثل فى الإيجاب والقبول ، وزاد الجمهور العاقدان وهما المسلم أو رب السلم والمسلم إليه ، والمعقود عليه وهو رأس المال وهو الثمن ، والمسلم فيه وهو المبيع .

وينعقد السلم باتفاق الفقهاء بلفظ السلم أو السلف وكل ما اشتق منهما ، كأن يقول : أسلمتك أو أسلفتك أو أعطيتك كذا درهما فى أردب من قمح ويقول الآخر قبلت أو رضيت ونحو ذلك مما يدل على الرضا .

وهل ينعقد السلم بلفظ البيع ؟

اختلف الفقهاء فى ذلك على فريقين :

١ ـ فمذهب الحنفية ما عدا زفر والمالكية والشافعية فى أحد القولين والحنابلة ، أن السلم ينعقد بلفظ البيع إذا بين فيه إرادة السلم وتحققت شروطه كأن يقول المسلم إليه بعت منك كذا وذكر شروط السلم ويقول رب السلم قبلت .

٢ ـ ومذهب زفر أن السلم لا ينعقد بلفظ البيع ، لأن القياس أن لا ينعقد أصلا ، لأنه بيع ما ليس عند الإنسان وهو منهى عنه ، إلا أن الشرع ورد بجوازه بلفظ السلم بقوله "ورخص فى السلم " وهذا هو قول الشافعى فى الصحيح عندهم .

احتج أصحاب المذهب الأول بأن السلم بيع فينعقد بلفظ البيع . ودليلنا على أنه بيع ما روى أن رسول الله ﷺ نهى عن

بيع ما ليس عند الإنسان ورخص فى السلم ، فدل على أن السلم بيع لما ليس عند الإنسان ، ليستقيم تخصيصه عن عموم النهى بالترخص فيه (١).

شروط صحة السلم : وهى على نوعين :

أ ـ ما يرجع إلى نفس العقد ۰ ب ـ ما يرجع إلى البدل۰

أ ـ ما يرجع إلى نفس العقد : وهو واحد حيث اشترط الحنفية وجمهور الفقهاء فى صيغة السلم أن تكون باتة لا خيار فيها لأى من العاقدين ، لأن جواز البيع مع شرط الخيار فى الأصل ثبت معدولا به عن القياس ، لأنه شرط يخالف مقتضى العقد بثبوت الحكم للحال ، وشرط الخيار يمنع انعقاد العقد فى حق الحكم ، ومثل هذا الشرط مفسد للعقد فى الأصل إلا أنا عرفنا جوازه بالنص ، والنص ورد فى بيع العين فبقى ما وراءه على أصل القياس خصوصا إذا لم يكن فى معناه ، والسلم ليس فى معنى بيع العين فيما شرع له الخيار ، لأنه شرع لدفع الغبن ، والسلم مبناه على الغبن ووكس الثمن ، لأنه بيع المفاليس فلم يكن فى معنى مورد النص فبقى الحكم فيه للقياس ۰ وأيضا فإن قبض رأس المال من شرائط الصحة ، ولا صحة للقبض إلا فى الملك، وخيار الشرط يمنع ثبوت الملك (٢).

وخالف المالكية فى ذلك وقالوا يجوز خيار الشرط فى السلم للعاقدين أو لأحدهما ثلاثة أيام فما دون ذلك (٣).

---

(١) راجع : بدائع الصنائع ٢٠١/٥ ، الموسوعة الفقهية ١٩٦/٢٥ ۰

(٢) بدائع الصنائع ٢٠١/٥ ۰

(٣) وهذا مبنى عندهم على جواز تأخير قبض رأس المال فى السلم ثلاثة أيام فما دونها ، لأن هذا التأخير اليسير فى حكم التعجيل فيكون معفوا عنه ، إذ القاعدة أن ما قارب الشئ يعطى حكمه ۰ الموسوعة نقلا عن منح الجليل للشيخ عليش ١٩٨/٢٥ ۰

ب ـ وأما النوع الذى يرجع إلى البدل فهو على ثلاثة أقسام :

قسم يرجع إلى رأس المال ۰ وقسم يرجع إلى المسلم فيه . وقسم يرجع إليهما جميعا ۰

القسم الأول : الشروط التى ترجع إلى رأس المال :

أولا : أن يكون معلوماً :

وهذا الشرط لا خلاف عليه بين الفقهاء فى الجملة ۰ ولكنهم اختلفوا فى تفاصيله ۰ وذلك أن رأس المال إما أن يكون موصوفا فى الذمة عند العقد ثم يعين فى مجلس العقد ، وإما أن يكون معينا عند العقد بأن يكون حاضرا مشاهدا ۰

فإن كان موصوفا فى الذمة فيجب بيان جنسه بذكر ما إذا كان دراهم أو دنانير أو حنطة أو تمر ونحو ذلك ، كما يجب بيان نوعه إذا كان فى البلد نقود مختلفة كقولنا جنيهات مصرية أو انجليزية ، أو تمر برنى ۰ كما يجب بيان صفته كقولنا جيد أ ووسط أو ردئ ۰ وهذا لأن جهالة الجنس والنوع والصفة مفضية إلى المنازعة وهى تمنع صحة البيع ۰ فإن قبل الطرف الآخر بالثمن المبين على النحو المتقدم ، وجب تعيين رأس المال فى مجلس العقد وتسليمه إليه وفاء بالعقد ۰

هذا عن رأس المال الموصوف فى الذمة ۰

وهل يجب بيان قدره أم يكفى الإشارة إليه ؟

بيان قدر الثمن الموصوف فى الذمة لازم فى السلم الموصوف ۰ فإن كان رأس المال معينا وجب بيان قدره إذا كان العقد مما يتعلق العقد بقدره من المكيلات والموزونات

والمعدودات المتقاربة ، ولا يكتفى بالإشارة إليه • وهذا قول أبى حنيفة وسفيان الثورى وأحد قولى الشافعى •

وقال أبو يوسف ومحمد بيان القدر ليس بشرط ، والتعيين بالإشارة كاف ، وهذا أحد قولى الشافعى • وهذا قول أبى حنيفة فى المعدودات المتفاوتة وفيما لا يتعلق العقد بقدره من الذرعيات والمعدودات المتفاوتة •

وصورة المسألة المختلف عليها إذا قال أسلمت إليك هذه الدراهم أو هذه الدنانير ولا يعرف وزنها ، أو هذه الصبرة ولم يعرف كيلها •فهذا لا يجوز عند أبى حنيفة ، وعندهما يجوز •

وصورة المسألة المتفق عليها إذا قال أسلمت إليك هذا الثوب ولم يعرف ذرعه أو هذا القطيع من الغنم ولم يعرف عدده حيث يجوز بالإجماع •

استدل الصاحبان على الجواز فى الصورة الأولى بأن الحاجة تدعوا إلى تعيين رأس المال ، وهذا يحصل بالإشارة إليه ، فلا حاجة إلى إعلام قدره ، ولهذا لم يشترط اعلام قدر الثمن فى بيع العين ولا فى السلم إذا كان رأس المال مما لا يتعلق العقد بقدره•

ولأبى حنيفة أن جهالة قدر رأس المال تؤدى إلى جهالة قدر المسلم فيه وأنها مفسدة للعقد فيلزم اعلام قدره صيانة للعقد عن الفساد ما أمكن ، وبيان ذلك أن المسلم إليه ينفق رأس المال شيئا فشيئا ، وربما يجد بعض ذلك زيوفا ولا يستبدل له فى مجلس الرد فيبطل العقد بقدر ما رده ، فإذا لم يكن مقدار رأس المال معلوما لا يعلم مقدار المردود ومقدار الباقى ، فيصير المسلم فيه مجهول القدر ، ولهذا لم يصح السلم فى المكيلات بقفيز بعينه لأنه يحتمل هلاك القفيز فيصير المسلم فيه مجهول القدر فلم يصح ، فكذا هذا •

ثانياً : تسليم رأس المال فى مجلس العقد :

وهذا لأن المسلم فيه دين ، والافتراق بدون قبض رأس المال يكون افتراقا عن دين بدين ، وهو منهى عنه لما روى أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ •

وأيضا فإن اسم هذا العقد دليل على هذا الشرط فإنه يسمى سلما وسلفا لغة وشرعا ، والسلم ينبئ عن التسليم ، والسلف ينبئ عن التقدم ، فيقتضى لزوم تسليم رأس المال وتقدم قبضه على قبض المسلم فيه [1] ولا فرق فى هذا الشرط بين أن يكون رأس المال عينا أو دينا عند عامة العلماء • والقياس أن لا يشترط قبضه فى المجلس إذا كان عينا وهو قول مالك رحمه الله •

وجه القياس : أن اشتراط القبض للاحتراز عن الافتراق عن دين بدين ، وهذا افتراق عن عين بدين وهو جائز •

وجه الاستحسان : أن رأس مال السلم يكون دينا عادة ، ولا تجعل العين رأس مال للسلم إلا نادراً ، والنادر حكمه حكم الغالب فيلحق بالدين • ولأن مسمى العقد الدال على هذا الشرط لا يوجب الفصل بين الدين والعين على ما ذكرنا •

إذا تقرر ما سبق من اشتراط قبض رأس المال فى مجلس العقد ، فإنه لا فرق فى القبض بين أن يكون فى أوله أو آخره إلى أن يفترقا بأبدانهما ، حتى لو لم يقبض المسلم إليه رأس المال حتى قاما يمشيان فقبض قبل الافتراق بأبدانهما جاز •

وهل يجوز استبدال رأس المال فى مجلس العقد ؟

لا يجوز استبدال رأس المال فى مجلس العقد ، وصورته أن يأخذ المسلم إليه من رب السلم شيئاً من غير جنس رأس

(١) بدائع الصنائع ٢٠٢/٥ •

المال . وهذا لأن قبض رأس المال لما كان شرطا فبالاستبدال يفوت قبضه حقيقة ، لأن المقبوض بدله ، وبدل الشئ غيره .

ولا يدخل فى الاستبدال الممنوع سالفا ما لو أعطاه من جنس رأس المال أجود أو أرد أو رضى بالأردأ حيث يجوز السلم فى هذه الصورة ، لأنه قبض جنس حقه ، وإنما اختلف الوصف . فإن كان أجود فقد قضى حقه وأحسن فى القضاء ، وإن كان أردأ فقد قضى حقه أيضا لكن على وجه النقصان ، فلا يكون أخذ الأجود والأردأ استبدالا كما فى الصورة الممنوعة ، إلا أنه لا يجبر على أخذ الأردأ لأن فيه فوات حقه عن صفة الجودة فلابد من رضاه ، ويجبر على أخذ الأجود عند علمائنا الثلاثة خلافا لزفر .

وجه قوله : أن رب السلم فى إعطاء الزيادة على حقه متبرع ، والمتبرع عليه لا يجبر على قبول التبرع لما فيه من الزام المنة ، فلا يلزمه من غير التزامه .

ولعلمائنا الثلاثة : أن اعطاء الأجود مكان الجيد فى قضاء الديون لا يعد فضلا وزيادة فى العادة ، بل يعد من باب الإحسان فى القضاء ، فإن أعطاه الأحسن فقد قضاه حقه وأحسن فى القضاء ، فيجبر على الأخذ (١).

القسم الثانى : الشروط التى ترجع إلى المسلم فيه

الشرط الأول : أن يكون معلوما :

وذلك يكون بمعرفة جنسه ونوعه وصفته وقدره .

---

(١) بدائع الصنائع ٥/٢٠٣ .

فالجنس كقولنا حنطة أو شعير أو تمر . والنوع كقولنا : تمر عراقى أو فارسى أو مصرى .

وأما الصفة فكقولناجيد أو وسط أو ردئ . والقدر يكون بالكيل أو بالوزن أو العد أو الذرع .

وإنما اشترطنا ذلك ، لأن جهالة النوع والجنس والصفة والقدر . جهالة مفضية للمنازعة ، وهى مفسدة للعقد . وقد قال النبى ﷺ : من أسلم منكم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم " (١).

ويشترط فى العلم بالقدر أن يكون بكيل أو وزن أو ذرع يؤمن من فقده عن أيدى الناس فإن كان لا يؤمن فالسلم فاسد ، كأن يعلم المقدار بمكيال لا يعرف عياره بأن قال : بهذا الإناء ولا يعلم كم يسع ، أو قال بهذا الحجر ولا يعرف عياره ، أو قال بهذه الخشبة ولا يعرف قدرها .

حكم بيع المكيلات بالوزن وبيع الموزونات بالكيل :

لو كان المسلم فيه مكيلا فاعلم قدره بالوزن المعلوم ، أو كان موزونا فاعلم قدره بالكيل المعلوم جاز ، لأن الشرط أن يكون معلوما القدر بمعيار يؤمن فقده ، وقد وجد .

الشرط الثانى :

أن يكون مما يمكن أن يضبط قدره وصفته بالوصف بحيث لا يبقى بعده من التفاوت إلا اليسير :

فإن كان مما لا يمكن ضبطه وبقى بعد الوصف تفاوت فاحش لم يجز فيه السلم ، لأن الجهالة الفاحشة تفضى إلى المنازعة ، وهى مفسدة للعقد .

---

(١) متفق عليه .

وبناء على ذلك يجوز السلم فى المكيلات والموزونات التى تحتمل التعيين والعدديات المتقاربة لأن الجهالة المتبقية فيها بعد الوصف تكون يسيرة لا تفضى إلى المنازعة •

ولا فرق فى المعدودات المتقاربة كالجوز والبيض بين صغيرها وكبيرها ، لأنه لا يجرى التنازع فى هذا التفاوت بين الناس فى العادة فكان التفاوت ملحقا بالعدم ، وبناء على ذلك يجوز السلم فيها عددا وكيلا • وهذا عند علمائنا الثلاثة •

وقال زفر : لا يجوز • ووجهه : أن الجوز والبيض مما يختلف ويتفاوت فى الصغر والكبر حتى يشترى الكبير منها بأكثر مما يشترى الصغير فأشبه البطيخ والرمان •

وأما أبو حنيفة وصاحباه فحجتهم أن التفاوت فى هذه الحالة يسير يعرض الناس عن اعتباره فكان ساقط الاعتبار ، ولهذا كان مضمونا بالمثل عند الإتلاف بخلاف الرمان والبطيخ فإن التفاوت بين آحاده تفاوت فاحش ، ولهذا كان مضمونا بالقيمة[١].

حكم السلم فى الحيوان :

لا يجوز السلم فى الحيوان عندنا • وقال مالك والشافعى وأحمد يجوز وحجة الأئمة الثلاثة فى ذلك أن الحيوان يصير معلوما ببيان الجنس والسن والنوع والصفة فأمكن ضبط ماليته بهذه الأربعة ، والموصوف بمنزلة المرئى والتفاوت بعد ذلك يسير لقلته فأشبه الثياب فى الجواز ، وقد ثبت أن النبى ﷺ أمر

(١) بدائع الصنائع ٢٠٨/٥ •

عمرو بن العاص أن يشترى بعيرا ببعيرين فى تجهيز الجيش إلى أجل " [١]•

واستقرض رسول الله ﷺ بكرا وقضاه رباعيا ، والسلم أقرب إلى الجواز من الإستقراض •

واحتج أبو حنيفة على عدم الجواز بأن المبيع بعد ما ذكر من جنسه ونوعه وصفته يبقى مجهولا جهالة فاحشة مفضية إلى النزاع باعتبار المعانى الباطنة فى الحيوان كسهولة انقياده ، وقدرته على الشد فى العتاد وغير ذلك [٢] بخلاف الثياب فإنه من صنع العباد ، وقلما يتفاوت الثوبان إذا نسجا على منوال واحد •

وأما الجواب عن الحديث الأول أنه كان قبل نزول آية الربا، أو أنه كان فى دار الحرب ولا ربا فى دار الحرب • وأما الجواب عن الحديث الثانى فهو أن القرض لم يكن ثابتا فى ذمة رسول الله ﷺ بدليل أنه قضاه من إبل الصدقة ، والصدقة حرام عليه فكيف يجوز أن يفعل ذلك [٣] ، وقد صح أن النبى ﷺ نهى عن السلم فى الحيوان " [٤]•

ويدخل فى منع السلم فى الحيوان جميع أجناسه حتى فى العصافير ولا عبرة لعدم التفاوت بينها لورود النص بالنهى مطلقا •

كما يدخل فى منع السلم فى الحيوان جميع أطرافه كالرؤوس والأكارع وهذا قول الشافعى أيضا ، لأنه عددى

(١) رواه
(٢) البناية ٦١٣/٦ •
(٣) المرجع السابق •
(٤) أخرجه الحاكم فى المستدرك والدار قطنى فى سننه •

متفاوت لا مقدر له ، لاختلافها فى الصغر والكبر والسمين والهزال • ويدخل فى ذلك الجلود لما تقدم •

الشرط الثالث :

أن يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد إلى حين المحل:

فإذا كان موجودا عند العقد منقطعا عند المحل أو العكس ، أو منقطعا فيما بينهما لم يجز •

وقال الشافعى إن الشرط هو كونه مقدورا عليه عند وجوب التسليم ، فإن كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل ، أو كان مما لا يؤمن انقطاعه كثمرة نخلة بعينها لم يجز ، وبقول الشافعى قال الإمامان مالك وأحمد رضى الله عنهما واحتجوا بان اعتبار هذا الشرط وهو الوجود ليس لعينه بل للقدرة على التسليم فيعتبر وقت وجوب التسليم ، وذلك عند حلول الأجل فأما قبل ذلك فالوجود والعدم فيه بمنزلة واحدة"[1].

ولنا : أن القدرة على التسليم ثابتة للحال وفى وجودها عند المحل شك لاحتمال هلاك المسلم إليه ، فإن بقى حيا إلى وقت المحل ثبتت القدرة ، وإن هلك قبل ذلك لا تثبت • وأيضا فإن القدرة على التسليم بالتحصيل فلابد من استمرار وجود المسلم فيه فى مدة الأجل ليتمكن من ذلك ، إذ لا يقدر المسلم إليه على اكتساب المنقطع •

ولو كان المسلم فيه موجودا إلى حين حلول الأجل ثم انقطع بعد ذلك فرب السلم بالخيار ، إن شاء فسخ السلم ويأخذ رأس

(١) بدائع الصنائع ٢١١/٥ •

المال وإن شاء انتظر وجوده ، لأن السلم قد صح ولكنه عجز عن التسليم ، والعجز طارئ على شرف الزوال فيخير العاقد"[1].

الشرط الرابع :

أن يكون مما يتعين بالتعيين :

فإن كان مما لا يتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير لا يجوز السلم فيه ، لأن المسلم فيه مبيع وهو مما يتعين بالتعيين ، والدراهم والدنانير لا تتعين فى عقود المعاوضات فلم تكن مبيعة فلا يجوز السلم فيها •

الشرط الخامس :

أن يكون مؤجلا : حتى لا يجوز السلم الحال عند نا خلافا للشافعى ، وصورة ذلك أن يقول : أسلمت عشرة جنيهات فى كيلة من قمح ولم يذكر أجلا ، حجة الشافعى أن الحديث فى قوله " ورخص فى السلم " ورد مطلقا ، فاشتراط التأجيل زيادة على النص •

وأيضا فإن فى الأجل ضربا من الغرر ، إذ ربما يقدر المسلم إليه على التسليم فى الحال ويعجز عند حلول الأجل ، فإذا جاز السلم مؤجلا فهو حال أحرى بالجواز ، لأنه أبعد عن الغرر [2].

(١) البناية ٦١٨/٦ •

(٢) الموسوعة ٢١٣/٢٥ •

ولأبى حنيفة أن اشتراط الأجل قد ورد بالنص بقوله ﷺ : "من أسلم منكم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم " .

ولأن السلم شرع رخصة لدفع حاجة المفاليس فلابد من الأجل ليقدر المسلم إليه على تحصيل المسلم فيه ، فلو كان قادرا على التسليم فى الحال لم يوجد المرخص فيه وهو عجز المسلم إليه ، فبقى على النهى وهو قوله ﷺ : " لا تبع ما ليس عندك " .

الشرط السادس :

أن يكون الأجل معلوما : فإن كان مجهولا فالسلم فاسد ، سواء كانت الجهالة متفاحشة أو متقاربة ، لأن كل ذلك يفضى إلى المنازعة ، وقد ورد اشتراط كون الأجل معلوما بنص الحديث مما يجعله شرطا فى صحة السلم .

أقل مدة للأجل :

مذهب جمهور الفقهاء عد الشافعية أن السلم يجب أن يكون مؤجلا ، ومع ذلك فقد اختلفوا فى مقدار الأجل .

فأما الحنفية فقد ذكر الكرخى أن تقدير الأجل إلى العاقدين، حتى جاز عنده أن يكون الأجل نصف يوم . وقال بعضهم أقله ثلاثة أيام قياسا على خيار الشرط . وروى عن محمد أنه قدره بشهر . قال الكاسانى : وهو الصحيح . لأن الأجل إنما شرط فى السلم ترفيها وتيسيرا على المسلم إليه ليتمكن من الاكتساب فى المدة ، والشهر مدة معتبرة يتمكن فيها من الاكتساب ، فأما ما دون ذلك فله حكم الحلول (١).

(١) بدائع الصنائع ٢١٣/٥ .

وأما المالكية فقدروه بمدة تختلف فيها الأسواق كالخمسة عشر يوما . وقيل إنه يجوز يومين أو ثلاثة ، وقيل لا بأس باليوم الواحد .

وعند الحنابلة أنه يشترط فى الأجل أن يكون مدة لها وقع فى الثمن عادة كالشهر ونحوه (١).

فإذا مات المسلم إليه قبل الأجل حل الدين ، وهكذا الحكم فى كل دين مؤجل إذا مات من عليه الدين بخلاف موت رب السلم .

والأصل فى هذا أن موت من عليه الدين يبطل الأجل ، وموت من له الدين لا يبطل ، لأن الأجل حق المدين لا حق الدائن .

الشرط السابع :

معرفة مكان الإيفاء إذا كان حمل ومؤنة :

وهذا عند أبى حنيفة ، وأما الصاحبان فليس ذلك بشرط عندهم ، ويوفيه المسلم إليه فى مكان عقده ، لأن التسليم وجب بالعقد فتعين مكانه له ، ولأنه لا يزاحمه مكان آخر فى ذلك ، فيصير نظير أول أوقات الإمكان فى الأوامر ، فإنه يتعين للسببية .

ولأبى حنيفة أن التسليم غير واجب فى الحال فلا يتعين مكان العقد ، وإذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضى إلى المنازعة فتكون مفسدة للعقد . وهذا لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف المكان فلابد من البيان وصار كجهالة الصفة (٢).

(١) الموسوعة ٢١٣/٢٥ .

(٢) مجمع الأنهر ١٠٢/٢ .

وعلى هذا الخلاف بيان مكان الأجرة فى الإجارات إذا كان لها حمل ومؤنة [1] ، وأيضا الثمن المؤجل فى بيع العين إذا كان له حمل ومؤنة ، كما إذا باع ثوبا بإردب من قمح مؤجلا فإنه يشترط بيان مكان إيفاء الحنطة عنده ، وعندهما يتعين مكان العقد للإيفاء ٠

وعلى هذا الخلاف أيضا القسمة ، بأن اقتسما دارا وجعلا مع نصيب أحدهما شيئاً له حمل ومؤنة ، فعنده يشترط بيان مكان الإيفاء ، وعندهما يتعين مكان العقد [2].

ما ليس له حمل ومؤنة :

لا خلاف بين الفقهاء على أن ما ليس له حمل ومؤنة كالمسك والعنبر وصغار اللؤلؤ ونحو ذلك أنه لا يشترط بيان مكان الايفاء فيها ، لأن الأماكن كلها سواء ، والقيمة المالية لا تختلف باختلاف الأماكن فيما لا حمل له ولا مؤنة ويوفى المسلم إليه المسلم فيه فى أى مكان شاء على المعتمد من المذهب ، وقيل يوفيه فى مكان الانعقاد ٠

ولو عينا مكانا فيما لا حمل له ولا مؤنة فهل يتعين ؟ قيل لا يتعين لأن التعيين لا يفيد ، حيث لا يلزم بنقله مؤنة ٠ وقيل يتعين لأنه يفيد سقوط خطر الطريق لرب السلم [3].

ولو شرط رب السلم التسليم فى بلد أو قرية فحيث سلم إليه فى ذلك الموضع فهو جائز ، وليس لرب السلم أن يتخير مكانا، لأن المشروط هو التسليم فى مكان منه مطلقا وقد وجد ٠ وإن

(١) كما لو استأجر دارا أو دابة بمكيل أو موزون موصوف فى الذمة ٠ المرجع السابق ٠

(٢) المرجع السابق ٠

(٣) البناية ٦/٦٣٥ ٠

سلم فى غير المكان المشروط فلرب السلم أن يأبى لقوله ﷺ "المسلمون على شروطهم " [1].

القسم الثالث : ما يرجع إلى المسلم فيه ورأس المال جميعا:

وهى تنحصر فى شرط واحد عند الحنفية ، وهو ألا يجمعهما أحد وصفى علة ربا الفضل ، وذلك إما بالكيل وإما بالوزن ، وإما الجنس ، لأن أحد وصفى علة ربا الفضل هو علة ربا النساء ، فإذا اجتمع أحد هذين الوصفين فى البدلين يتحقق ربا النسيئة ، والعقد الذى فيه ربا فاسد ٠ وعلى هذا يخرج إسلام المكيل فى المكيل ، أو الموزون فى الموزون ، والموزون فى المكيل ، وغير المكيل والموزون بجنسهما من الثياب والعدديات المتقاربة [2].

(١) رواه الترمذى وصححه ٠

(٢) بدائع الصنائع ٥/٢١٤ ٠

الفصل الثانى

وفيه مبحثان :

المبحث الأول
أحكام السلم

١ ـ انتقال الملك فى العوضين :

أما رأس المال فانتقال الملك فيه للمسلم إليه ثابت بحكم اشتراط تعجيله • وبالتالى له أن يتصرف فيه بكل التصرفات السائغة شرعا ، لأنه ملكه وتحت يده •

وأما بدله وهو المسلم فيه فملكيته لرب السلم غير مستقرة• قال السيوطى فى الأشباه والنظائر : " جميع الديون التى فى الذمة بعد لزومها وقبل قبض المقابل لها مستقرة إلا دينا واحدا هو دين السلم ، فإنه وإن كان لازما فهو غير مستقر • وإنما كان غير مستقر لأنه بصدد أن يطرأ انقطاع المسلم فيه فينفسخ العقد [1].

٢ ـ التصرف فى دين السلم قبل قبضه :

لا يجوز التصرف فى المسلم فيه قبل قبضه وذلك كأن يبيعه أو يستبدله من غير جنسه ، وكذلك لا تجوز الشركة أو التولية فيه • وهذا مذهب الشافعية والحنابلة أيضا • وهذا لأن المسلم فيه وإن كان دينا فهو مبيع ، ولا يجوز بيع المبيع المنقول قبل القبض • ويجوز لرب السلم الابراء عنه ، لأن قبضه ليس بمستحق عليه ، فكان هو بالابراء متصرفا فى

(١) الموسوعة نقلا عن الأشباه والنظائر ٢١٨/٢٥ •

خالص حقه بالإسقاط فله ذلك ، بخلاف الإبراء عن رأس المال فإنه غير جائز ، لأنه مستحق القبض حقا للشرع ، فلا يملك إسقاطه بنفسه بالإبراء [1].

وخالف فى ذلك ابن تيمية وابن القيم ، حيث أجازا بيع المسلم فيه قبل قبضه لمن هو فى ذمته بثمن المثل أو دونه لا أكثر منه حالا •وهذا قول ابن عباس رضى الله عنهما • وحجتهم فى ذلك عدم المانع الشرعى ، حيث لا نص فى التحريم عندهم ولا قياس ولا إجماع •

وأجاز المالكية بيع المسلم فيه لغير المسلم إليه إذا لم يكن طعاما ، وأما استبداله أو بيعه من المسلم إليه فجوزوه بشروط مذكورة فى كتبهم [2].

٣ ـ الكفالة والحوالة فى المسلم فيه :

الكفالة والحوالة فى المسلم فيه جائزة على خلاف البيع والاستبدال • غير أنه بالحوالة يبرأ المسلم إليه وفى الكفالة لا يبرأ ، ورب السلم بالخيار ، إن شاء طالب المسلم إليه وإن شاء طالب الكفيل ، لأن الحوالة مبرئة والكفالة ليست بمبرئة إلا إذا كانت بشرط براءة المكفول عنه [3].

٤ ـ الإقالة فى المسلم فيه :

الإقالة جائزة فى المسلم فيه لقوله ﷺ : " من أقال مسلما أقال الله عثرته " [4]. من غير فصل بين بيع العين وبيع الدين•

(١) بدائع الصنائع ٢١٤/٥ ، البناية ٦٤١/٦ •
(٢) الموسوعة ٢١٨/٢٥ •
(٣) بدائع الصنائع ٢١٤/٥ •
(٤) رواه أبو داود والحاكم وابن ماجة •

ولأن الإقالة فى بيع العين إنما شرعت نظراً للعاقدين دفعا لحاجة الندم ، والندم فى بيع السلم أكثر منه فى بيع العين ، لأنه بيع بأبخس الأثمان ، فكان أدعى إلى شرع الإقالة فيه ٠

فإن تقايلا السلم لم يكن لرب السلم أن يشترى من المسلم إليه برأس المال شيئاً آخر حتى يقبضه كله وهذا هو مذهب أبى حنيفة وصاحبيه ٠ ومذهب زفر والشافعى أن له ذلك ، لأنهما لما تقايلا بطل السلم وبقى رأس المال دينا فى ذمته فيصح الاستبدال به كسائر الديون ، لأنه لا يجب قبضه فى المجلس فى بيع العين ٠

ودليل أبى حنيفة ما روى عن النبى ﷺ مرسلا أنه قال : " من أسلم فى شئ فلا يأخذ إلا ما أسلم فيه أو رأس ماله " (١) فقد جعل حق رب السلم ينحصر فى واحد من أمرين : أخذ المسلم فيه ، أو أخذ رأس المال ٠

غير أن رأس المال لا يجب قبضه فى مجلس الإقالة ، لأنها ليست فى حكم ابتداء عقد السلم (٢).

---

(١) رواه الدار قطنى فى سننه ٠

(٢) البناية ٦٤٤/٦ ٠

المبحث الثانى
عقد الاستصناع

عقد الاستصناع يشترك مع السلم فى أنه بيع لمعدوم ، غير أن المبيع فى السلم هو دين موصوف فى الذمة ، وأما فى الاستصناع فهو بيع لعين يصنعها الصانع فى المستقبل ٠ وسوف نتكلم هنا عن بيان جواز الاستصناع ، وعن بيان شروط الجواز ، وكيفية الجواز ، وبيان حكمه ٠

بيان جواز عقد الاستصناع :

الاستصناع جائز استحسانا فيما يجرى فيه السلم ٠ والقياس أنه لا يجوز لأنه بيع المعدوم ، وقد نهى رسول الله ﷺ عنه ٠ وبه قال زفر والشافعى ٠ ومع أن السلم قد رخص فيه فهذا ليس بسلم ، لأنه لا يشترط فيه الأجل ، وأيضا فهو أبعد جوازا من السلم لكون المسلم فيه مما تحتمله الذمة ، لأنه دين حقيقة ، والمستصنع عين توجد ، والأعيان لا تحتملها الذمم فكان جواز هذا العقد أبعد عن القياس عن السلم ٠

وجه الاستحسان أن الناس يتعاملون به فى سائر العصور فكان إجماعا منهم على الجواز ٠

وهل هو بيع أو وعد بالبيع ؟

الصحيح أنه بيع ، لأن محمدا ذكره فى كتاب البيوع وأثبت فيه خيار الرؤية للمستصنع وهو من خصائص عقد البيع ٠ وأيضا فإن من شرط جوازه أن يكون فيما للناس فيه تعامل ، والعدات لا يتقيد جوزاها بهذا الشرط ٠

فإن قيل : كيف يكون بيعا والمعدوم لا يصلح أن يكون مبيعا ؟ فالجواب أن المعدوم قد يعتبر موجودا حكما ، كالناسى

للتسمية عند الذبح ، فإن التسمية جعلت موجودة حكما لعذر النسيان ، والطهارة للمستحاضة جعلت موجودة لعذر الصلاة ، فكذا المستصنع المعدوم جعل موجودا حكما لتعامل الناس ٠ وقد يكون الشئ موجودا حقيقة ويجعل معدوما حكما كالماء المستحق للعطش حتى يجوز التيمم مع وجوده (١)٠

شروط وجوب الاستصناع :

١ ـ بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره ووصفه : لأنه مبيع فلابد وأن يكون معلوما ٠

٢ ـ أن يكون مما للناس فيه تعامل كالخف والآنية ، ولا يجوز فيما لا تعامل للناس فيه بالاستصناع كالثياب ٠ فلو أمر حائكا أن يخيط ثوبا بغزل نفسه ونحو ذلك مما لم تجر عادات الناس بالتعامل فيه لم يجز ، لأن جواز الاستصناع بالاستحسان، إذ القياس يأباه ٠ والاستحسان يستند إلى إجماع الناس بالتعامل فيه وفى هذه الصورة لم يوجد فلم يجز ٠

كيفية جواز الاستصناع :

الاستصناع عقد غير لازم فى حق كل واحد منهما قبل رؤية المستصنع والرضا به ، فلا يتعين المستصنع إلا باختيار المستصنع بعد الرؤية ٠ وبناء عليه فلو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز ، ولو تعين لما جاز بيعه ٠ وللصانع أيضا أن يمتنع عن الصنع ، كما أن للمستصنع أن يرجع أيضا ، بناء على عدم اللزوم (٢)٠

---

(١) البناية ٦٦٤/٦ ، بدائع الصنائع ٢٠٩/٥ ٠

(٢) بدائع الصنائع ٢١٠/٥ ٠

حكم الاستصناع :

إذا أتى الصانع بالشئ المستصنع على الصفة المشروطة فالحكم فى هذه الحالة ثبوت ملك الشئ للمستصنع على نحو غير لازم ، حتى يثبت له خيار الرؤية ، فإذا رآه فله الخيار بين الأخذ والترك ، هذا فى حق المستصنع ، وأما حكمه فى حق الصانع فهو ثبوت ملك لازم إذا رآه المستصنع ورضى به ولا خيار له ٠

وروى عن أبى حنيفة أنه غير لازم فى حق الصانع أيضا حتى يثبت له الخيار ، لأن فى لزوم العقد اضرار بحق الصانع والمستصنع ، أما الصانع فلأنه قد أفسد متاعه وأتى بالمستصنع، على الصفة المشروطة ، وأما المستصنع فلأن الصانع متى لم يصنعه واتفق له مشتر يبيعه ، فلا تندفع حاجة المستصنع فيتضرر به فاستويا فى الضرر فوجب أن يستويا فى الخيار ٠

وجه ظاهر الرواية أن المستصنع قد اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه ، وأما الصانع فقد باع ما لم يره فلا خيار له ٠

حكم ضرب الأجل فى عقد الاستصناع :

الأصل فى عقد الاستصناع أن يكون بغير أجل يضربه المستصنع للصانع ، لأنه لو ضربه الأجل فيما يجرى فيه الاستصناع كان سلما عند أبى حنيفة خلافا لهما ، فإنه عندهما استصناع ، وجه قولهما أن هذا استصناع حقيقة ، فلو صار سلما فإنما يصير بضرب المدة وهى قد تكون على سبيل الاستعجال لا الاستمهال ٠

ألا ترى أنه لو قال له إن تفرغ غدا أو بعد غد لا يصير سلما بالإجماع ، لأنه ذكر الأجل هنا على سبيل الاستعجال لكى

يفرغ منه لا لتأخير المطالبة بالتسليم ٠ ولو كان هذا الشرط من الصانع كان سلما لأنه يذكره على سبيل الاستمهال ، فلا يصير العقد سلما فى مسألتنا مع الاحتمال ٠

وجه قول أبى حنيفة أن المبيع دين ، والمبيع إذا كان دينا يحتمل السلم ، وجواز السلم ثابت بالإجماع وبآية المداينة والسنة الصحيحة ، وأما تجويز الاستصناع ففيه شبهة لثبوته على خلاف القياس ، وفيه خلاف زفر والشافعى ، فكان الحمل على السلم أولى لكونه أقرب إلى الجواز وأحق بالرخصة [١].

وينبنى على القول بأنه سلم أنه لا يجوز إلا بشرائط السلم من تعجيل رأس المال ، وذكر الوصف وعدم جواز خيار الرؤية ٠

وأما قولهما إن الأجل هنا للاستعجال فمردود ، لأنه لو حمل على الاستعجال لم يكن مفيدا ، لأن التعجيل غير لازم ، ولو حمل على حقيقة التأجيل لكان مفيدا فكان الحمل عليه أولى٠

---

(١) المرجع السابق ، البناية ٦٦٧/٦ ٠

الباب الثالث
عقد الصرف

تمهيد وتعريف :

الصرف لغة : له معان متعددة ٠ فقد يكون بمعنى الرد ٠ يقال : صرفت الرجل عنى فانصرف ٠ أى رددته ٠ ومنها : الإنفاق ٠ يقال : صرفت المال ٠ ومنها : الفضل والزيادة ٠ ومنه سميت صلاة النافلة صرفا ٠

وأما تعريف الصرف فى اصطلاح الفقهاء : فهو بيع ثمن بثمن ٠ فيدخل فيه بيع النقد بالنقد ، وبيع المصوغات بعضها ببعض ٠

مشروعية الصرف ودليل إباحته :

الصرف من العقود المشروعة لكونه من أنواع البيوع ٠ والله تعالى يقول : ﴿ **وأحل الله البيع** ﴾ يدل على مشروعيته أيضا من السنة حديث عبادة بن الصامت المشهور أن رسول الله ﷺ قال : " الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد ، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يد بيد " والمراد المماثلة فى القدر لا فى الصورة لقوله ﷺ " جيدها ورديئها سواء " ٠

ومن الأدلة على مشروعية الصرف أيضا قوله ﷺ : " لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق ، ولا البر بالبر ، ولا الشعير بالشعير ، ولا التمر بالتمر ، ولا الملح بالملح إلا سواء بسواء عينا بعين يدا بيد ، ولكن بيعوا الذهب بالورق ، والورق بالذهب ، والبر بالشعير ، والشعير بالبر ، والتمر بالملح ، والملح بالتمر يدا بيد كيف شئتم " [١].

---

(١) رواه الشافعى فى مسنده ٠

الفصل الأول
شروط الصرف

الشرط الأول : قبض البدلين قبل الافتراق :

يدل على هذا الشرط الحديث السابق فى قوله ﷺ : " يدا بيد " وروى عن عمر بن الخطاب ؓ أنه قال : " الذهب بالذهب مثلا بمثل والورق بالورق مثلا بمثل ، لا تفضلوا بعضها على بعض ، لا يباع منها غائب بناجز فإنى أخاف عليكم الربا وإن استنظرك إلى أن يدخل بيته فلا تنظره " (١) يعنى إن سألك صاحبك أن يدخل بيته لإخراج بدل الصرف فلا تمهله ٠

فدلت هذه النصوص على اشتراط قبض البدلين قبل الافتراق ٠ وهو أن يفترق العاقدان بأبدانهما عن مجلسهما فيأخذ هذا فى جهة وهذا فى جهة ، أو يذهب أحدهما ويبقى الآخر ، حتى لو كانا فى مجلسيهما لم يبرحا عنه لم يكونا مفترقين وإن طال مجلسهما ، لعدم التفرق بأبدانهما ٠ وكذا إذا ناما فى المجلس أو أغمى عليهما ٠

وإن قاما عن مجلسهما فذهبا معا فى جهة واحدة وطريق واحد ومشيا مسافة طويلة فليسا بمفترقين ٠

ولابد فيه من القبض الحقيقى ، فلا تكفى الحوالة وإن حصل القبض فى المجلس ٠ وكذا يشترط التقابض فيه بالأيدى فلا تكفى التخلية ٠

(١) انظر : البناية ٦/٦٨٩ ٠

ثم إن هذا الشرط معتبر فى بيع الجنس بالجنس أو بخلافه ، وإنما يختلف الأمر فى التفاضل فى القدر ، حيث يجوز التفاضل فى بيع الجنس بخلافه ، ولا يجوز فى بيع الجنس بالجنس للأحاديث المتقدمة ٠

التوكيل بالقبض :

الوكالة بالقبض فى عقد الصرف صحيحة ، لأن قبض الوكيل كقبض الموكل ، فلو وكل أحدهما أو كلاهما من يقبض له بدل الصرف بحضرة المتعاقدين أو أحدهما قبل تفرقهما بالأبدان جاز ٠ فإن افترق الموكلان ، أو الموكل والعاقد الثانى قبل القبض بطل الصرف ، ولا عبرة بافتراق الوكيلين أو عدم افتراقهما ٠ فالمعتبر فى الافتراق وعدمه ، افتراق المتعاقدين لا الوكيلين ٠

ولو كان لرجل على آخر سبعون درهما فأرسل إليه رسولا فقال : بعتك الدراهم التى عليك بالدنانير التى لك على ، وقال الآخر قبلت فعقد الصرف باطل ، لأن حقوق العقد لا تتعلق بالرسول بل بالمرسل ، وهما مفترقان بأبدانهما ٠ وكذا لو نادى أحدهما صاحبه من وراء جدار أو ناداه من بعيد لم يجز لما ذكرنا ٠

قبض بعض البدل فى الصرف :

إذا حصل التقابض فى بعض البدل دون بعض وافترق المتعاقدان بطل الصرف فيما لم يقبض باتفاق الفقهاء ٠ وأما ما حصل فيه التقابض ففيه خلاف العلماء :

١ ـ فمذهب الحنفية والجمهور أن العقد صحيح فيما قبض، باطل فيما لم يقبض (١) ٠

(١) البناية ٦/٦٩٩ ، مجمع الأنهر ٢/١١٨ ٠

٢ ـ ومذهب المالكية فى أحد القولين والحنابلة فى رواية أن العقد باطل فى الكل ٠

الشرط الثانى : أن يكون خاليا عن شرط الخيار :

فإن شرطا الخيار فيه لهما أو لأحدهما فسد الصرف ، لأن القبض فى هذا العقد شرط بقائه على الصحة ، وخيار الشرط يمنع انعقاد العقد فى حق الحكم فيمنع صحة القبض ، وذلك لأنه يمنع ثبوت الملك أو تمامه ، وذلك يخل بالقبض المشروط ، وهو القبض الذى يحصل به التعيين (١)٠

لكنهم قالوا إن المتعاقدين إذا أسقطا الخيار بعد ذلك عاد العقد إلى الجواز لارتفاع المفسد قبل تأكده بالافتراق ٠ وهذا عند علماء الحنفية الثلاثة خلافا لزفر ، حيث ذهب إلى أن العقد إذا فسد لم يعد بعد إلى الجواز وإن زال سبب الفساد (٢)٠

الشرط الثالث : أن يكون خاليا عن الأجل :

فإن شرطاه لهما أو لأحدهما فسد الصرف ، بناء على ما قدمناه من اشتراط التقابض فى المجلس قبل الافتراق ٠ فإن أبطلا الأجل قبل التفرق فدفع كل منهما ما عليه حالا قبل الافتراق صح العقد بعد فساده عند أئمتنا الثلاثة خلافا لزفر ٠

الشرط الرابع : التماثل :

وهذا إذا كان جنس البدل واحدا ، لقوله ﷺ بعد ذكر أجناس الربا المتماثلة " مثلا بمثل " فإذا بيع الذهب بالذهب ، أو الورق بالورق وجب التماثل فى الوزن لا فى الجودة أو الصياغة ونحو ذلك ٠ وهذا الشرط محل اتفاق بين العلماء ٠ ولا عبرة

(١) بدائع الصنائع ٢١٩/٥ ، فتح القدير ٢٥٨/٦ ٠

(٢) البناية ٦٩٣/٦ ٠

بالغش إذا كان الغالب هو الذهب أو الفضة حيث يجب التساوى وزنا فى هذه الحالة أيضا كما لا يجوز استقراضه إلا متساويا وزنا ٠وما غلب عليه الغش منهما فهو فى حكم العروض لا فى حكم الدراهم والدنانير ، إذ الحكم للغالب فى الشرع ، فيجوز بيعه متفاضلا بشرط التقابض فى المجلس ٠

حكم التصرف فى ثمن الصرف قبل قبضه :

التصرف فى ثمن الصرف قبل قبضه غير جائز ، حتى لا يجوز لأحدهما أن يبرئ صاحبه مما عليه قبل القبض ، ولا أن يهبه إياه أو يتصدق به عليه ٠ فإن حصل واحدا من ذلك وقبل من عليه الدين انتقض الصرف وبطل الدين ، وإن لم يقبل لم يبطل الدين أيضا ٠

وبناء على ما تقدم فلو باع شخص دينارا لرجل بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع فى الثوب فاسد ، لأن القبض واجب حقا لله تعالى فلا يسقط بإسقاطهما ، وفى تجويز بيع الثوب فوات حق الله تعالى فلم يصح البيع ٠

ونقل عن زفر أن العقد فى الثوب صحيح ، لأن الدراهم لا تتعين بالتعيين فينصرف العقد إلى مطلقها ٠

ولنا أن الثمن فى باب الصرف مبيع ، لأن عقد الصرف بيع ، حيث هو مبادلة المال بالمال ، ولهذا لو حلف ألا يبيع فصارف يحنث ، والبيع يشتمل على مبيع وثمن ، وليس كل واحد من بدلى الصرف أولى من الآخر فى جعله مبيعا ، فيجعل كل منهما ثمنا من وجه مبيعا من وجه ، وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز ، وليس من ضرورة كونه مبيعا أن يكون متعينا كما فى السلم ، إذ هو مبيع واجب فى الذمة وليس معينا(١)٠

(١) البناية ٦٩٤/٦ ٠

الفصل الثانى
أنواع الصرف

الصرف على نوعين : لأنه إما أن يكون بجنسه ، وإما أن يكون بخلاف جنسه .

النوع الأول : بيع أحد النقدين بجنسه : كبيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة ، وقد سبق لنا القول إن عقد الصرف عند اتحاد الجنس لا يجوز إلا متماثلا ، ولاعتبار للجودة والرداءة ، ولا بالصياغة ، والصحيح منهما والمكسور كلها سواء فى اشتراط التماثل فى المقدار ، فلو باع آنية ذهب بذهب ، أو آنية فضة بفضة وإحداهما أثقل من الأخرى لم يجز [١].

ويشترط فى الجنس الواحد أن يكون المتعاقدان على علم بوزن كل منهما ، فإذا لم يعرف العاقدان وزنهما أو وزن أحدهما لم يجز . وبناء على ذلك فلا يجوز بيع الذهب بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا . فإذا وزنا فى المجلس فوجدا متماثلين جاز العقد ، وإن تم ذلك بعد التفرق لم يجز ، وعند زفر أن العقد ينقلب صحيحا فى الوجهين [٢].

النوع الثانى : بيع النقد بخلاف جنسه : كبيع الذهب بالفضة والفضة بالذهب ، وفى هذه الحالة يجوز البيع متماثلا ومتفاضلا ، كما يجوز مجازفة وإن كان أحدهما أقل من الآخر وزنا أو عددا ، لأن المساواة ليست مشروطة عند اختلاف الجنس كما سبق وذكرنا ، والشرط هنا هو التقابض فى

(١) الموسوعة الفقهية ٣٥٦/٢٦ .
(٢) الموسوعة الفقهية ٣٥٦/٢٦ .

المجلس قبل التفرق بالأبدان لحديث : " الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء " ومعنى هاء " خذ " كقوله تعالى : **﴿ هاؤم اقرأوا كتابيه ﴾** .

حكم ظهور العيب فى بدل الصرف :

لو وجد أحد المتعاقدين ببدل الصرف عيبا فله الرد بالعيب سواء كان ذلك فى بيع العين كالمصوغ ونحوه ، أو كان فى بيع الدين كالدراهم والدنانير ، لأنها لا تتعين وإن تعينت . لأن خيار العيب لا يمنع ثبوت الملك بخلاف خيار الشرط .

وهذا لأن السلامة عن العيب مطلوبة فى العادة ففواتها يوجب الخيار كما فى البياعات .

وللحنفية تفصيل فى هذه المسألة حيث فرقوا بين بيع العين وبيع الدين :

١ – ففى بيع العين إذا وجد ببدل الصرف عيب فإن الرد به يفسخ العقد سواء كان الرد فى المجلس أو بعد الافتراق ويرجع المشترى على البائع بما نقد .

٢ – وفى بيع الدين إن وجد بالدراهم المقبوضة زيوفا أو كاسدة ، أو رائجة فى بعض التجارات دون بعض فردها فى المجلس ينفسخ العقد بالرد ، حتى إذا استبدل مكانه مضى الصرف، وإن ردها بعد الافتراق بطل الصرف عند أبى حنيفة وزفر ، لحصول الافتراق دون قبض . وعند أبى يوسف ومحمد لا يبطل إذا استبدل فى مجلس الرد [١].

وإذا ظهر العيب فى بعض المبيع ، فرد المعيب ، انتقض الصرف فى المردود وبقى فى غيره لارتفاع القبض فيه فقط[٢].

(١) بدائع الصنائع ٢٢٠/٥ .
(٢) الموسوعة نقلا عن ابن عابدين ٢٣٦/٤ .

تعين النقود بالتعيين فى الصرف :

قسم الحنفية النقود إلى قسمين :

الأول : ما كان ثمنا كالدراهم والدنانير ، فهذا مما لا يتعين بالتعيين ، حتى لو عينا بدل الصرف دراهم معينة جاز اعطاء المتعاقد الثانى دراهم أخرى بدلها قبل الافتراق • وإن هلكت قبل التسليم لا يبطل العقد بينهما ويجب عليه مثلها •

ويلحق بالدراهم والدنانير فى هذا الحكم ، الفلوس الرائجة وأوراق البنكنوت لكونهما من جنس الأثمان •

الثانى : ما ليس بثمن كالدراهم والدنانير المغشوشة إذا كانت غير رائجة ، وكذلك الفلوس المصنوعة من النحاس أو البرونز أو الفضة المغشوشة إذا كانت غير رائجة فهذه كلها لا تعتبر ثمنا وإنما هى سلعة والسلع والعروض مما يتعين بالتعيين•

وأما ما راج منها فيلحق بالدراهم والدنانير فى كونه ثمنا ، ويصح التبايع والاستقراض به وزنا إن كان يروج وزنا ، وعددا إن كان يروج عددا ، أو بكل منهما إن كان يروج بهما•

ولو اشترى بالذى غلب عليه الغش وهو رائج فكسد قبل القبض بطل الصرف عند الإمام • لأن الثمنية فيها عارضة ، فإذا كسدت رجعت إلى أصلها ولم تبق ثمنا فبطل البيع لبقائه بلا ثمن ، ويجب على المشترى رد المبيع إن كان قائما ، ومثله أو قيمته إن كان هالكا •

وقال الصاحبان لا يبطل الصرف ، لأن الثمن تعلق بالذمة، والكساد عرض على الأعيان دون الذمة ، فلما لم يتمكن من تسليم الثمن لكساده تجب عليه قيمته •

وهل تجب قيمته يوم البيع أو آخر يوم للتعامل به ؟ •

مذهب أبى يوسف أن القيمة تجب يوم البيع ، ومذهب محمد أنه آخر ما تعومل به [١]•

المقاصة فى عقد الصرف :

والمقاصة تعنى أن يكون على الشخص دين مثل ماله عند صاحبه فيجعل الدين فى مقابلة الدين • وهى فى عقد الصرف على ثلاث صور :

الصورة الأولى :

أن يكون له على آخر عشرة دراهم فباعه الذى عليه العشرة دينارا بالعشرة التى عليه وقبض صاحب الدراهم الدينار، فالبيع فى هذه الحالة جائز بلا خلاف وتقع المقاصة بنفس العقد ، لأن الدين لم يجب بعقد وإنما كان ثابتا قبله وسقط بإضافة العقد إليه ، ولا ربا فى دين سقط [٢]•

الصورة الثانية :

وهى المسألة الأولى بحالها ، غير أن العقد أضيف فيها إلى عشرة مطلقة وليس إلى العشرة الثابتة فى الذمة • والمذهب أن ذلك جائز استحسانا ، والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والأئمة الثلاثة •

وجه القياس : أن هذا استدلال ببدل الصرف فلا يجوز كما لو أخذ ببدل الصرف عرضا أو دينارا •

ووجه الاستحسان : أنهما لما تقاصا انفسخ العقد الأول وانعقد صرف جديد مضافا إلى ما فى الذمة ، فصار كأنه قال اشتريت هذا الدينار منك بالعشرة التى لى عليك وقبل الآخر لأنهما قصدا تصحيح هذه المقاصة ، ولا طريق له سوى هذا ، ولهذا اشترطنا تراضيهما على المقاصة هاهنا وإن كان فى

---

(١) مجمع الأنهر ١٢٠/٢ ، ١٢١ •

(٢) المرجع السابق ١١٩/٢ ، البناية ٧٠٦/٦ •

سائر الديون تقع المقاصة بدون التراضى • ولولا تحويل العقد إلى صرف آخر لكان استبدالا ببدل الصرف قبل القبض وهو لا يجوز •

الصورة الثالثة :

أن تكون المسألة السابقة بحالها ولكنها تختلف عن الصورتين السابقتين فى كون الدين لاحقا للصرف بأن اشترى دينارا بعشرة دراهم وقبض الدينار ، ثم إن مشترى الدينار باع ثوبا من بائع الدينار بعشرة دراهم ثم أراد أن يتقاصا • وفى هذه الحالة تقع المقاصة فى أصح الروايتين عن أبى حنيفة • وفى رواية أخرى اختارها شمس الأئمة لا تقع •

ووجه الرواية الثانية أن الدين هنا لاحق والنبى ﷺ جوز المقاصة فى دين سابق •

وجه رواية الأصح أنهما لما تقاصا كأنهما جددا عقدا آخر جديدا فيكون الدين حينئذ سابقا على المقاصة فكفى ذلك للجواز (١).

فائدة :

الأموال ثلاثة : مال بكل حال وهو النقدان • ومبيع بكل حال ، كالثياب والدواب • وثمن من وجه مبيع من وجه كالمثليات •

ومن حكم الثمن عدم اشتراط وجوده فى ملك العاقد عند العقد ، وعدم بطلانه بهلاك الثمن ، ويصح التصرف فيه قبل قبضه فى غير الصرف والسلم • وحكم المبيع خلاف الثمن فى الكل (٢).

---

(١) البناية ٧٠٧/٦ •

(٢) فتح الوهاب ٣٧/٢ •

الباب الرابع
الكفالة
الفصل الأول
فى التعريف بالكفالة وبيان أنواعها وشروطها
المبحث الأول
فى التعريف بها وبيان ركنها

أولا : التعريف بالكفالة :

الكفالة فى اللغة : الضم • قال تعالى : ﴿ وكفلها زكريا﴾(١) أى ضمها إلى نفسه •

وشرعا : ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل فى المطالبة بنفس أو دين أو عين •

ثانيا : ركن الكفالة :

ركنها الإيجاب من الكفيل والقبول من الطالب • هذا مذهبنا • وفى قول أبى يوسف الأول أن الركن هو الإيجاب فقط فأما القبول فليس بركن وهو أحد قولى الشافعى رحمه الله لما روى أن النبى ﷺ أتى بجنازة رجل من الأنصار فقال : " هل على صاحبكم دين ؟ فقيل نعم درهمان أو ديناران ، فامتنع من الصلاة عليها ، فقال سيدنا على وأبو قتادة : هما على يا رسول الله ، فصلى عليها ، ولم ينقل قبول الطالب •

ولأن الكفالة ضم فى اللغة ، والتزام المطالبة بما على الأصيل شرعا وليست من قبيل التمليكات ، ألا يرى أنه

---

(١) سورة آل عمران من الآية ٣٧ •

يحتمل الجهالة والتعليق بالشرط ، والتمليكات لا تحتمل ذلك ، ومعنى الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل فأشبه النذر .

والدليل عليه أن المريض إذا قال عند موته لورثته اضمنوا عني ما على من الدين لغرمائي وهم غائبون فضمنوا ذلك فهو جائز ويلزمهم .

واستدل أبو حنيفة ومحمد على أن القبول ركن ، بأن الكفالة ليست بالتزام محض ، بل فيها معنى التمليك ، والتمليك لا يتم إلا بالإيجاب والقبول كالبيع .

ثالثا : أقسام الركن :

ذكر صاحب البدائع أن ركن الكفالة ينقسم إلى أربعة أقسام: لأنه إما أن يكون مطلقا ، أو مقيدا بوصف ، أو معلقا بشرط ، أو مضافا إلى وقت ، ولكل حكمه .

فأما المطلق فلا شك فى جوازه إذا استجمع شرائط الجواز على ما نذكره فيما بعد ، غير أنه إن كان الدين على الأصيل حالا كانت الكفالة حالة ، وإن كان الدين عليه مؤجلا كانت الكفالة مؤجلة ، لأن الكفالة بما على الأصيل فتتقيد بوصفه .

وأما المقيد فلا يخلو أن يكون التقييد بوصف التأجيل أو بوصف الحلول :

فإن كانت مقيدة بوصف التأجيل ، فإن كان التأجيل إلى وقت معلوم بأن كفل إلى شهر أو سنة جاز ، فإن كان الدين على الأصيل مقيدا بأجل مثله يتأجل إليه فى حق الكفيل أيضا ، وإن سمى الكفيل أجلا أزيد منه أو أنقص جاز ، لأن المطالبة حق الطالب فله أن يتبرع على كل منهما بتأخير حقه .

وإن كان الدين على الأصيل حالا جاز التأجيل إلى الأجل المذكور ، ويكون ذلك تأجيلا فى حقهما جميعا فى ظاهر الرواية . وعن محمد أنه يكون تأجيلا فى حق الكفيل خاصة ، وهذا إذا كانت الكفالة مقيدة بوصف .

وأما إذا كانت معلقة على شرط ، فإن كان المذكور شرطا سببا لظهور الحق أو لوجوبه أو وسيلة إلى الأداء فى الجملة جاز ، مثل أن يقول : إن استحق المبيع فأنا كفيل ، لأن استحقاق المبيع سبب لظهور الحق ، وكذا إذا قال : إذا قدم زيد فأنا كفيل ، لأنه قدومه وسيلة إلى الأداء فى الجملة لجواز أن يكون مكفولا عنه . وأما إذا لم يكن الشرط واحدا من هذه الأمور الثلاثة لم تجز الكفالة ، كأن يقول : إن جاء المطر أو هبت الريح أو دخل زيدا الدار فأنا كفيل . ويرجع عدم الجواز إلى أن الكفالة فيها معنى التمليك ، فكان الأصل أن لا يجوز تعليقها بالشرط كما فى سائر التمليكات إلا أنا جوزناها فى الأحوال الثلاثة لملاءمتها للعقد .

ولأن جواز الكفالة بالعرف ، والعرف يجرى فى النوع الأول دون غيره [1].

وأما القسم الرابع : وهو المضاف إلى وقت . مثل أن يضمن ما داين فلانا ، أو ما قضى عليه به ، أو ما أقرضه ، أو ما استهلك من ماله ، أو ما غصبه ، أو ثمن ما بايعه صحت هذه الكفالة ، لأنها أضيفت إلى سبب الضمان وإن لم يكن الضمان ثابتا فى الحال . والكفالة وإن كان فيها معنى التمليك إلا أنها ليست بتمليك محض فجاز أن تحتمل الإضافة .

(١) بدائع الصنائع ٣/٦ وما بعدها .

رابعا : الألفاظ التى تنعقد بها الكفالة :

بعد أن عرفنا أن ركن الكفالة الإيجاب والقبول ، وأن الإيجاب من الكفيل والقبول من الطالب فإن ألفاظ الإيجاب هى أن يقول : أنا كفيل أو ضمين أو زعيم أو غارم أو قبيل أو حميل أو لك قبلى أو لك عندى ٠

أما لفظ الكفيل والضمين فهما صريحان ، وكذلك لفظ الزعيم والغريم لقوله ﷺ : " الزعيم غارم " أى ضامن ٠ والقبالة تعنى الكفالة أيضا لقوله تعالى : ﴿ **أو يأتى بالله والملائكة قبيلا** ﴾ [١] أى كفيلا يكفلوه ٠ والحميل بمعنى المحمول وأنه ينبئ عن تحمل الضمان ٠

وكذلك إذا قال على لأنها كلمة التزام ٠ أو قال إلىّ لأنها فى معنى علىّ ٠ قال ﷺ : " من ترك مالا ورثته ، ومن ترك كلاّ فإلينا " [٢] وقوله : عندى عند الإطلاق تحمل على اليد ، فيراد بها الوديعة ، وعند قرينة الدين تحمل على الذمة أى فى ذمتى ٠

وأما ألفاظ القبول فهى أن يقول قبلت أو رضيت أو هويت، أو ما يدل على هذا المعنى [٣]٠

---

(١) سورة الإسراء من الآية ٩٢ ٠
(٢) كلاّ : أى يتما ٠ والحديث متفق عليه ٠
(٣) بدائع الصنائع ٢/٦ ٠

المبحث الثانى
أنواع الكفالة

الكفالة على ضربين : كفالة بالمال ، وكفالة بالنفس ، فأما الأولى فلا خلاف فيها ٠ وأما الثانية ففيها خلاف الشافعى ـ رحمه الله ـ ، حيث إن مذهبه أن الكفالة بالنفس غير جائزة ، لأن الكفيل غير قادر على تسليم المكفول له ، فكانت الكفالة مضافة إلى غير محلها فلم تجز ، لأن التصرف المضاف إلى غير محله باطل [١]٠

ولنا قول الله تعالى : ﴿ **ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم** ﴾ [٢] وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يوجد ما يغيره ٠ وأيضا فقد أجمعت الأمة على جواز الكفالة بالنفس من لدن الصدر الأول إلى زمن الشافعى ولم يعرف له خلاف فكان إجماعا ٠ والخروج عن الإجماع باطل [٣]٠

وإذا جازت الكفالة بالنفس عندنا فالمكفول بها احضار المكفول به ٠ فإن شرط فى الكفالة بالنفس تسليم المكفول به فى وقت معين لزمه احضاره إذا طالبه الطالب به فى ذلك الوقت وفاء بما التزمه ، فإن لم يحضره حبسه الحاكم ، لامتناعه عن الوفاء بحق مستحق عليه فيصير ظالما والحبس جزاؤه ، ولكن يمهل فى أول مرة لأن ظلمه لا يعرف لأول وهلة ، فلعله ما درى سبب استدعائه ٠ ولو كان المكفول بنفسه غائبا وعلم مكانه أمهل القاضى الكفيل مدة ذهابه ومجيئه ٠ فإن لم يعلم

---

(١) المرجع السابق ٨/٦ ، مجمع الأنهر ١٢٤/٢ ٠
(٢) سورة يوسف من الآية ٧٢ ٠
(٣) بدائع الصنائع ٨/٦ ٠

مكانه سقطت المطالبة لعجزه ، وكذلك تسقط المطالبة بموت المكفول به ويبرأ الكفيل بالنفس عن الكفالة لعجزه عن احضاره. وأيضا فإنه بالموت سقط الحضور عن الأصيل فكذلك عن الكفيل . وتسقط الكفالة بالنفس أيضا بموت الكفيل ، لأن براءة المكفول بنفسه ، ومال الكفيل لا يصلح لايفاء هذا الواجب وهو الاحضار وتسليم المكفول به . وبناء على ذلك فلا يؤدى ما على المكفول به من تركة الكفيل إن كان عليه مال، لأنه لم يلتزم بإيفاء المال ، وإنما بتسليم النفس ، والمال لا يصلح وفاء لذلك . وهذا بخلاف الكفيل بالمال إذا مات حيث يؤدى ما على المكفول به من تركته لأن المال والكفيل صالح لأداء هذا الواجب ، فإذا مات الكفيل بقى ماله . ويرجع ورثة الكفيل فى هذه الحالة على المكفول عنه إذا كانت بأمره فى حال الحياة . ولو كان الدين مؤجلا ومات الكفيل قبل الأجل يؤخذ من تركته حالا ، وليس من حق ورثته الرجوع على الأصيل إلا بعد حلول الأجل . وعن زفر أن للورثة مطالبة المكفول عنه حالا ، لأنه أدخله فى ذلك مع علمه أنه يحل بموته ، والجواب عليه أنه دين مؤجل فلا يجوز قبل الأجل .

ولو مات المكفول له فللوصى أن يطالب الكفيل لقيامه مقام المكفول له ، وكذا لوارثه أن يطالب بذلك لأنه يشترك مع الأصيل فى قيامه مقام الميت (١) .

وتنعقد الكفالة بالنفس بقوله : تكفلت بنفس فلان أو برقبته أو بروحه أو بجسده أو برأسه أو ببدنه أو بوجهه . لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن البدن حقيقة أو عرفا وكذا قوله بوجهه أو برقبته أو برأسه . وأيضا تنعقد الكفالة إذا قال : بنصفه أو

---

(١) البناية ٧٣٢/٦ .

بثلثه أو بجزء منه ، لأن النفس الواحدة فى حق الكفالة لا تتجزأ فكان ذكر بعضها شائعا كذكر الكل . بخلاف ما إذا قال بيده أو برجله حيث لا تصح الكفالة لأنه لا يعبر بهما عن البدن ، حتى لا تصح إضافة الطلاق إليهما بان قال يدك طالق أو رجلك أو دبرك حيث لا يقع الطلاق .

وصحح الشافعى الكفالة فى الجزء الذى لا يمكن فصله عن الجسد كالقلب والكبد إضافة إلى ما صححناه نحن . وقال مالك تصح الكفالة بالنفس بذكر أى عضو من بدنه كوجهه أو عينه .

المبحث الثالث
شروط الكفالة

يشترط لصحة الكفالة عدة شروط ، بعضها يرجع إلى الكفيل ، وبعضها يرجع إلى الأصيل ، وبعضها يرجع إلى المكفول له ، وبعضها يرجع إلى المكفول به ٠

أولا : الشروط التى ترجه إلى الكفيل :

١ ــ البلوغ والعقل : وهما من شروط الانعقاد للكفالة ، فلا تنعقد كفالة الصبى والمجنون لكونهما من عقود التبرعات تبرع ، وهما ليسا من أهل التبرع ٠ ويستثنى من ذلك ما لو استدان الأب أو الوصى دينا فى نفقة اليتيم وأمر اليتيم أن يضمن المال عنه ٠ فهو جائز ، لأن ضمان الدين قد لزمه من غير شرط ، فالشرط لم يزده إلا تأكيدا فلم يكن متبرعا ٠

٢ ــ الحرية : وهى شرط لنفاذ التصرف ، فلا تجوز كفالة العبد ، سواء كان محجورا أو مأذونا له فى التجارة ، لأنها تبرع ، والعبد لا يملكه إلا بإذن مولاه ، ومع ذلك فإن الكفالة تنعقد به حتى يؤاخذ بها بعد الإعتاق ، لأن المنع لم يكن لفقد أهليته وإنما لحق مولاه ، وقد زال ٠

وهل يشترط أن يكون الكفيل صحيحا ؟

الكفالة جائزة من المريض والصحيح على السواء ، لكنها من المريض تخرج من الثلث لكونها تبرع ٠

ثانيا : الشروط التى ترجع إلى الأصيل :

١ ــ أن يكون قادرا على تسليم المكفول به ، إما بنفسه ، وإما بنائبه ، وهذا عند أبى حنيفة ، فلا تصح الكفالة بالدين عن ميت مفلس عنده ٠ وتصح عند أبى يوسف ومحمد ٠

وجه قولهما : إن الموت لا ينافى بقاء الدين لأنه مال حكمى ، فلا يفتقر بقاؤه إلى القدرة ، ولهذا يبقى إذا مات موسرا حتى تصح الكفالة به ٠

وجه قول أبى حنيفة : أن الدين عبارة عن الفعل ، والميت عاجز عن الفعل ، فكانت هذه كفالة بدين ساقط فلا تصح ، كما لو كفل على إنسان بدين ولا دين عليه ٠ بخلاف ما لو مات موسرا لأنه قادر بنائبه ٠

٢ ــ أن يكون المكفول عنه معلوما ، بأن يكفل ما على شخص معين ، فأما إذا قال ما على أحد من الناس ، أو بعين ، أو بنفس ، أو بفعل فلا يجوز ، لأن المضمون عليه مجهول ، ولأن جواز الكفالة راجع إلى العرف ، والكفالة على هذا الوجه غير معروفة [(١)]٠

وهل تشترط فيه الحرية أو البلوغ أو العقل ؟

الحرية فى الأصيل ليست بشرط وكذا البلوغ والعقل ، لأن الكفالة بمضمون ما على الأصل مقدور الاستيفاء من الكفيل وقد وجد ٠

وهل تشترط حضرة الأصيل ؟

لا يشترط حضرة الأصيل ، فتجوز الكفالة عن غائب أو محبوس ، لأن الحاجة إلى الكفالة تكون أكثر فى مثل هذه الأحوال ، فكانت الكفالة فيها أجوز من غيرها ٠

ثالثا : الشروط التى ترجع إلى المكفول له :

١ ــ أن يكون معلوما : فلا تجوز الكفالة لأحد من الناس ، لأن المقصود من الكفالة وهو التوثق لا يحصل فى هذه الحالة٠

---

(١) بدائع الصنائع ٥/٦ وما بعدها ٠

٢ ـ أن يكون فى مجلس العقد : وهذا شرط لانعقاد الكفالة عند أبى حنيفة ومحمد ، فإذا لم يقبل هو أو من يقوم مقامه فى المجلس لم تنعقد الكفالة • وعلى ذلك فمن كفل الغائب عن المجلس فبلغه الخبر فأجاز لم تجز عندهما إذا لم يقبل عنه حاضر •

وعن أبى يوسف أنها جائزة ، لأن المجلس ليس بشرط عنده أصلا ، لا للنفاذ ، ولا للإنعقاد وهذا الخلاف مبنى على خلاف أبى يوسف فى اشتراط القبول كركن فى العقد •

٣ ـ العقل : وهذا على مذهب أبى حنيفة ومحمد فى أن القبول ركن فى الكفالة فلا يصح قبول المجنون والصبى الذى لا يعقل ، لأنهما ليسا من أهل القبول • ولا عبرة بقبول وليهما عنهما لأن الإيجاب لم يقع لهما ، والقبول إنما يعتبر ممن وقع له الإيجاب •

رابعا : الشروط التى ترجع إلى المكفول به :

١ ـ أن يكون المكفول به مضمونا على الأصيل :

فلا تصح الكفالة بالأعيان التى هى من قبيل الأمانات ، لأنه أضاف الكفالة إلى عينها ، وعينها ليست بمضمونة •

وأما العين المضمونة فهى على نوعين : مضمون بنفسه كالمغصوب ، والمقبوض بالبيع الفاسد ، والمقبوض على سوم الشراء • ومضمون بغيره كالمبيع قبل القبض والرهن • فتصح الكفالة فى النوع الأول ، لأنه كفالة بمضمون بنفسه • ولذلك يجب رد عينه حال قيامه ، ورد مثله أو قيمته حال هلاكه •

ولا تصح الكفالة بالنوع الثانى ، لأن المبيع قبل القبض مضمون بالثمن لا بنفسه ، ولذلك لو هلك فى يد البائع لم يجب عليه شئ ولكن يسقط الثمن عن المشترى وكذا الرهن ليس مضمونا بنفسه بل بالدين ، ولذلك لو هلك لا يجب على المرتهن شئ ولكن يسقط الدين عن الراهن بقدره •

٢ ـ أن يكون المكفول به مقدوراً على استيفائه من الكفيل:

وذلك حتى يكون العقد مفيدا ، وبناء على ذلك لا تجوز الكفالة بالحدود والقصاص لتعذر الاستيفاء من الكفيل ، ولكن تجوز الكفالة بنفس من عليه القصاص فى النفس وما دونها ، وبحد القذف إذا بذلها المطلوب فأعطاه بها كفيلا ، لتوافر الشرطين السابقين ، إذ أن فى ذلك كفالة بمضمون على الأصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح كالكفالة بتسليم نفس من عليه الدين •

واختلف أصحابنا فيما لو لم يبذل المطلوب الكفالة بالنفس فى الحدود والقصاص • هل يجبر عليها ؟

مذهب أبى حنيفة أنه لا يجبر على ذلك ، وقال أبو يوسف ومحمد يجبر عليها فى حد القذف والقصاص ، وجه قول أبى يوسف ومحمد : أن القصاص خالص حق العبد فيجرى الجبر فى أخذ الكفيل فيه كما فى سائر الحقوق • وحد القذف وإن كان حق لله فيه غالب إلا أن فيه حق العبد ، ولهذا يشترط فيه إقامة الدعوى من المقذوف • والدعوى تحتاج إلى الجمع بين الشهود وبين القاذف ، وقد يخفى نفسه فيحتاج الطالب إلى أخذ كفيل منه بإحضاره • وما يجرى على حد القذف يجرى على حد السرقة لتعلق حق العبد به •

وأما بقية الحدود كالزنا وشرب الخمر فهى حدود خالصة لله تعالى ، ولهذا لا تجوز الكفالة فيها بالاتفاق •

ووجه قول أبى حنيفة قوله ﷺ : " لا كفالة فى حد " [1].

ولأن مبنى الحدود والقصاص على الدرء ، فلا يجب الاستيثاق فيه بالتكفل •

وإذا لم يجبر المطلوب فى حد القذف والقصاص على دفع الكفيل عند الإمام فماذا يصنع به ؟

قيل : يلازمه إلى وقت قيام القاضى من المجلس ، فإن أحضر البينة حكم بها وإلا خلى سبيله • وأما التعزيرات وسائر الحقوق الأخرى فيجب فيها الاستيثاق بأخذ الكفيل ، لأنها خالص حق العبد وتثبت مع الشبهة [2].

٣ ــ أن يكون الحق المكفول به لازما : فلا تصح الكفالة عن المكاتب لمولاه ببدل الكتابة لأنه ليس بدين لازم ، لأن المكاتب يملك إسقاط الدين عن نفسه بالتعجيز لا بالكسب •

وهل يشترط فى المكفول به أن يكون معلوم الذات أو القدر ؟

لا يشترط ذلك ، حتى لو كفل واحدا من شيئين غير معين ، بأن كفل بنفس رجل أو بما عليه وهو ألف جاز ، وعليه واحد منهما أيهما شاء ، لأن هذه الكفالة يمكن رفعها بالبيان فلم تمنع جواز الكفالة ، وكذا إذا كفل بنفس رجل أو بما عليه ، أو بنفس رجل آخر أو بما عليه جاز ، ويبرأ بدفع واحد منهما إلى الطالب • هذا عن جهالة الذات ، وأما جهالة القدر فمن أمثلتها

(١) رواه البيهقى فى سننه •

(٢) البناية ٧٣٩/٦ ، بدائع الصنائع ٨/٦ •

أن يكفل عن رجل بما لفلان عليه ، أو بما يدركه فى هذا البيع فهذا جائز ، لأن جهالة قدر المكفول به لا تمنع صحة الكفالة ، قال الله تعالى : ﴿ **ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم** ﴾ ووجه الدلالة أن الله تعالى أجاز الكفالة بحمل البعير مع أن الحمل يحتمل الزيادة والنقصان •

ولو ضمن رجل بالعهدة فضمانه باطل عند أبى حنيفة ، جائز عند الصاحبين • وجه قولهما : أن ضمان العهدة فى عرف الناس هو ضمان الدرك ، وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع ، وذلك جائز بلا خلاف بين أصحابنا •

ولأبى حنيفة رحمه الله أن لفظ العهدة يحتمل واحدا من أمرين : الدرك ، أو الصك ، والأول مضمون ، والثانى ليس بمضمون على الأصيل ، فدارت الكفالة بالعهدة بين أن تكون بمضمون وبغير مضمون ، فلا تصح مع الشك • فلم يكن عدم الصحة عنده لجهالة المكفول به ، بل لوقوع الشك فى شرط الجواز ، وهو كونه مضمونا على الأصيل [1].

حكم تعدد الكفلاء :

إذا جاز أن يكون الكفيل واحدا جاز أن يكون اثنين أو أكثر وسواء كفلا بنفس المطلوب معا أو على التعاقب ، ثم إذا أسلم أحدهما نفس الأصيل فى الكفالة بالنفس برئ هو دون الآخر ، بخلاف الكفالة بالدين حيث يبرأ الكفلاء جميعا بقضاء أحدهم لدين واحد •

وعلة الجواز فى حال التعدد ، أن المقصود من الكفالة التوثق ، وبالكفالة الثانية يزداد التوثق فلا تتنافى الكفالتان [2].

(١) بدائع الصنائع ٩/٦ •

(٢) البناية ٧٤٣/٦ ، مجمع الأنهر ١٢٥/٢ •

الفصل الثانى
آثار الكفالة ومسقطاتها
المبحث الأول
فى آثار الكفالة

يترتب على الكفالة حكمان : **أحدهما** : ثبوت مطالبة الكفيل بما على الأصيل • **والثانى** : ثبوت ولاية مطالبة الكفيل للأصيل •

أولا : ثبوت ولاية مطالبة الكفيل بما على الأصيل : وهذا الحكم عام فى سائر أنواع الكفالات • ولا يختلف الأمر إلا فى محل الحكم من العين ، أو الدين ، أو الفعل •

أ ــ ففى حالة الكفالة بالدين يطالب الكفيل بدين وجب على الأصيل ، فالدين واحد ، والمطالب به اثنان • غير أن الكفيل إن كان واحدا يطالب بكل الدين ، وإنا كانا اثنين يطالب كل منهما بنصفه ، فإن كان ألفا يطالب كل منهما بخمسمائة ، إذا لم يضمن كل منهما صاحبه ، لأنهما استويا فى الكفالة ، والمكفول به يقبل الانقسام فينقسم عليهما •

ب ــ وفى حالة الكفالة بالنفس يطالب الكفيل بإحضار المكفول بنفسه إن لم يكن غائبا ، وإن كان غائبا يؤخذ الكفيل إلى مدة يمكنه إحضاره فيها ، فإن لم يحضر فى المدة ولم يظهر عجزه للقاضى حبسه إلى أن يظهر عجزه له • فإذا علم القاضى بعجزه بشهادة الشهود أو بغيرها أطلقه وأنظره إلى حال القدرة على احضاره ، وللطالب أن يلازمه بعد إطلاقه ،

ولكن لا يحول بينه وبين أشغاله ، ولا يمنعه من الكسب وغيره•

جـ ــ وفى حالة الكفالة بالعين يطالب بتسليم عينها إن كانت قائمة ، ومثلها أو قيمتها إن كانت هالكة •

د ــ وفى حالة الكفالة بتسليم العين وبالفعل معا ، يطالب الكفيل بهما •

وليس من حكم الكفالة عند عامة العلماء براءة الأصيل ، بل الطالب بالخيار ، إن شاء طالب الأصيل ، وإن شاء طالب الكفيل ، اللهم إلا إذا كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل فحينئذ تنعقد الكفالة حوالة اعتبارا للمعنى ، حيث إن براءة الأصيل من خصائص الحوالة ، ولذلك فإن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها المحيل تكون كفالة •

ونقل عن أبى ليلى أن الكفالة توجب براءة الأصيل ، والصحيح الأول • لأن الكفالة عبارة عن ضم ذمة إلى أخرى ، إذ أن معناها فى اللغة الضم ، والبراءة تنافيه •

ولو طالب المكفول له أحدهما كان له أن يطالب الثانى ، لأن مقتضى عقد الكفالة ضم ذمة إلى أخرى ، بخلاف المالك الذى غصب منه غاصب ، وغصب من الغاصب غاصب آخر ، فإنه إذا اختار تضمين أحد الغاصبين فليس له أن يطالب الآخر ، لأن اختيار المالك تضمين أحدهما يقتضى تمليك المغصوب منه ، وإذا ملك الأول لم يكن له أن يملك الثانى ، لأنه من المحال أن يملك العين الواحدة لاثنين فى زمن واحد • وأما المطالبة بالكفالة فلا تتضمن معنى التمليك ما لم يوجد الاستيفاء حقيقة ، فلا يمنع مطالبة أحدهما مطالبة الثانى •

والحكم الثانى : وهو ثبوت ولاية مطالبة الكفيل للأصيل فى الأنواع كلها إذا كانت الكفالة بأمر الطالب • ففى الكفالة

بالنفس يطالب الكفيل الأصيل بتسليم نفسه إلى الطالب إذا طالب الكفيل .

وفى الكفالة بالعين المضمونة يطالب بتسليم عينها إن كانت قائمة ، وتسليم مثلها أو قيمتها إن كانت هالكة إذا طولب الكفيل به ، وإن كانت الكفالة بفعل التسليم والحمل يطالب بهما ، وإن كان بدين يطالبه بالخلاص إذا طولب ، فكما يطالب من المكفول له يطالب هو المكفول عنه ، فإن حبس فله أن يحبسه ، لأنه هو الذى أوقعه فى هذه العهدة فكان عليه تخليصه منها .

هذا إذا كانت الكفالة بأمر المكفول عنه ، فإن كانت بغير أمره ، فليس للكفيل حبسه إذا حبس ، ولا ملازمة الأصيل إذا لوزم [١] .

وإذا كانت الكفالة بالدين فليس له أن يطالب بالمال قبل أن يؤدى هو وإن كانت الكفالة بأمر المطلوب ، لأن ولاية المطالبة إنما تثبت بحكم القرض والتمليك ، وكل ذلك يتوقف على الأداء ولم يوجد ، وإذا أدى كان له أن يرجع عليه إذا كانت الكفالة بأمره ، لأن الكفالة فى حق المطلوب استقراض ، والكفيل بأداء المال مقرض من المطلوب ونائب عنه فى الأداء إلى المطالب، وفى حق الطالب تمليك ما فى ذمة المطلوب من الكفيل بما أخذ منه من المال ، والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه[٢] ويقودنا هذا إلى الكلام عن رجوع الكفيل على المكفول عنه فى المبحث التالى .

(١) بدائع الصنائع ١١/٦ .
(٢) المرجع السابق .

المبحث الثانى

فى رجوع الكفيل

وفيه مطلبان :
الأول : فى شروط ولاية الرجوع .
والثانى : فى بيان ما يرجع به .

المطلب الأول

شروط ولاية الرجوع

الشرط الأول : أن تكون الكفالة بأمر المكفول عنه ، فلو كفل بغير أمره فليس له الرجوع عليه عند عامة العلماء . وقال مالك : يرجع ، والصحيح الأول ، لأن الكفالة بغير أمره تبرع بقضاء دين الغير فلا يحتمل الرجوع .

الشرط الثانى : أن يكون بإذن صحيح ، وذلك لا يكون إلا ممن يصح إقراره على نفسه بالدين ، وعلى ذلك فلا تصح الكفالة عن الصبى المحجور بإذنه ، لأن طلب الكفالة استقراض من المكفول عنه كما بينا ، واستقراض الصبى لا يتعلق به الضمان .

الشرط الثالث : أداء المال إلى الطالب ، أو ما هو فى معنى الأداء إليه : فلا يملك الرجوع قبل الأداء ، لأن معنى الإقراض والتمليك لا يتحقق إلا بالأداء ، فلا يملك الرجوع قبله .

الشرط الرابع : أن لا يكون للأصيل على الكفيل دين مثله: فإن كان كذلك فليس له حق الرجوع ، لأنه بأدائه لدين الأصيل التقى الدينان قصاصا فتساقطا .

حكم هبة صاحب الدين المال للكفيل أو للأصيل :

لو وهب صاحب الدين المال للكفيل ، فله أن يرجع على الأصيل ، لأن الهبة فى معنى الأداء ، وبها يعتبر كأنه ملك ما فى ذمة الأصيل فيرجع عليه ، كما إذا ملكه بالأداء [1].

ولو وهبه من الأصيل برئ الكفيل ، إذ يعتبر كأن الأصيل قد أدى ما عليه من دين بهذه الهبة ، وأداء الأصيل يسقط المطالبة عن الكفيل ، لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل .

حكم موت الطالب إذا كان الكفيل أو الأصيل وارثه :

ففى الحالة الأولى يكون للكفيل أن يرجع على الأصيل ، لأن الإرث من أسباب الملك ، فكأنه قد ملك ما فى ذمة الأصيل كما فى الأداء ، فله أن يطالبه به .

وفى الحالة الثانية وهى أن يكون الأصيل هو وارث الطالب، يبرأ الأصيل والكفيل معا لأنه قد ملكه بالميراث ، ومتى ملكه برئ ، وإذا برئ هو برئ معه الكفيل كما إذا أدى، ولو أبرأ الطالب الكفيل لا يرجع على الأصيل ، لأن الإبراء إسقاط ، وهو فى حق الكفيل إسقاط المطالبة لا اسقاط الدين ، فلم يكن فيه معنى التمليك أصلا فلا يرجع .

(١) المرجع السابق ١٣/٦ .

المطلب الثانى

فى بيان ما يرجع به الكفيل

يرجع الكفيل على الأصيل بما كفل لا بما أداه ، حتى لو كفله بدراهم صحاحا فأداها مكسرة رجع عليه بالصحاح ، لأنه بالأداء ملك ما فى ذمة الأصيل وهو الصحاح فيرجع عليه بها.

وهذا بخلاف المأمور بأداء الدين ، حيث له أن يرجع بالمؤدى لا بالدين ، لأنه بالأداء ما ملك الدين ، بل أقرض الآمر بما أداه فيرجع عليه بما أقرضه .

ولو صالح الكفيل من الألف التى على الأصيل بخمسمائة فإنه يرجع بالخمسمائة لا بالألف ، لأنه بأداء الخمسمائة ما ملك ما فى ذمة الأصيل وهو الألف ، لأنه لا يمكن إيقاع الصلح تمليكا هنا لأنه يؤدى إلى الربا ، فيكون اسقاطا لبعض الحق ، والساقط لا يحتمل الرجوع به [1] .

(١) المرجع السابق ١٥/٦ .

المبحث الثالث
مسقطات الكفالة

الكفالة كما بينا سابقا إما أن تكون بالدين ، وإما أن تكون بالنفس ، وإما أن تكون بعين مضمونة بنفسها ، ولكل نوع منها أمور تخرج الكفيل عن الكفالة ، وتسقطها عنه .

أ ـ فأما الكفيل بالمال فإنما تسقط عنه الكفالة بواحد من أمرين :

أحدها : أداء المال إلى الطالب أو ما هو فى معنى الأداء كالهبة أو الصدقة على ما بيناه سابقا ، وسواء كان الأداء من الكفيل أو الأصيل ، لأن الكفالة شرعت للتوثق فإذا وجد الأداء فقد حصل المقصود فينتهى حكم العقد .

والثانى : مما تسقط به الكفالة ، الابراء وما هو فى معناه. فإذا أبرأ الطالب أى الطرفين سقطت الكفالة ، غير أن ابراء الأصيل يسقط عن الكفيل ، وإذا أبرأ الكفيل لا تسقط المطالبة عن الأصيل على ما بيناه سابقا .

غير أن للأصيل أن يرد الهبة أو الصدقة أو الإبراء ، وليس ذلك للكفيل ، وإذا ارتدت هذه التصرفات برد الأصيل عاد الدين إلى ذمته ، ولكن هل تعود المطالبة للكفيل ، اختلف مشايخ الحنفية فى ذلك . ويبقى الحق فى الرد لورثة الأصيل بعد وفاته عند أبى حنيفة ، وأبى يوسف ، ويعود الدين إلى تركة الأصيل ، وعند محمد أنه لا يرتد برد الورثة .

وجه قول محمد : أن هذا بمنزلة ما لو أبرأه حال حياته ثم مات قبل الرد حيث لا يرتد برد الورثة فكذا هذا ، ولهما أن

ابراءه بعد وفاته ابراء لورثته لأنهم يطالبون بدينه من تركته بعد وفاته ، وابراء الورثة يرتد بردهم ، بخلاف حال الحياة لأنهم لا يطالبون بدينه فاقتصر حكم الابراء عليه ، فلا يرتد برد الورثة [1].

وتسقط الكفالة أيضا فى حالة ما إذا أحال الكفيل أو المطلوب الطالب على رجل بالدين وقبله الطالب . وهذا عند علمائنا الثلاثة خلافا لزفر وهذا لأن الحوالة مبرئة عن الدين والمطالبة جميعا عند عامة مشايخنا ، وعند بعضهم مبرئة عن المطالبة فقط ، وأما الذى يخرج عن الكفالة فهو إبراء الكفيل والأصيل من الطالب . ومذهب زفر أن الحوالة لا تخرج الكفيل عن الكفالة ، لأن الحوالة عنده ليست بمبرئة أصلا .

ويخرج الكفيل عن الكفالة أيضا بالصلح ، بأن يصالح الكفيل الطالب على بعض المدعى ، لأن الصلح على جنس المدعى فيه إسقاط بعض الحق فكان فيه معنى الابراء ، وإن كان على خلاف الجنس فهو معاوضة فكان فى معنى الابراء ، وكل ذلك يخرج عن الكفالة [2].

ب ـ وأما الكفيل بالنفس فيخرج عن الكفالة بواحد من ثلاثة أشياء :

الأول : تسليم النفس إلى الطالب ، وذلك بالتخلية بينه وبين المكفول بنفسه في موضع يقدر على احضاره إلى مجلس القاضى ، لأن المقصود وهو إستيفاء الحق برفع الأمر إلى القاضى يحصل بذلك فيخرج عن الكفالة . ولو سلمه فى صحراء أو برية لم يخرج عن الكفالة لعدم حصول المقصود .

والثانى : الابراء : فإذا أبرأ الطالب الكفيل من الكفالة بالنفس خرج عن الكفالة لأن الكفالة بالنفس تستلزم حق مطالبة

(١) بدائع الصنائع ١١/٦ .
(٢) المرجع السابق ١٢/٦ .

الكفيل بتسليم نفس المطلوب ، وقد اسقط الطالب المطالبة عنه بالابراء فينتهى الحق ضرورة ، ولا يكون هذا إبراء للأصيل ، لأنه اسقط المطالبة عن الكفيل دون الأصيل • غير أنه إن أبرأ الأصيل برئا جميعا ، لأن الضمان قد بطل بالإبراء فينتهى حكم الكفالة ، وهو المطالبة بتسليم النفس •

والثالث : موت المكفول بنفسه ، لأن الضمان قد سقط عن الأصيل فيسقط عن الكفيل •

جـ ـ وأما الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها ، وبالأفعال المضمونة ، فيخرج الكفيل عن الكفالة فيها بواحد من أمرين :

الأول : تسليم العين المضمونة بنفسها إن كانت قائمة ، وتسليم مثلها أو قيمتها إن كانت هالكة •

والثانى : الابراء فلا يخرج عن الكفالة بموت الغاصب والبائع والمؤجر ، لأن نفس هؤلاء غير مكفول بها ، فلا تسقط بموتهم •

الباب الخامس

الحوالة

الفصل الأول

التعريف بالحوالة وبيان ركنها وحكمها

تعريف الحوالة :

الحوالة فى اللغة : النقل والزوال ، ومنه التحويل وهو نقل الشئ من محل إلى محل •

واصطلاحا : نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه على سبيل التوثق به (١).

وأطرافها أربعة : محيل وهو الذى عليه الدين ، ومحتال وهو الدائن ، ومحتال عليه وهو من يقبل الحوالة ، ومحتال به وهو المال •

الأصل فى مشروعية الحوالة :

تصح الحوالة فى الدين لا فى العين ، والدليل على ذلك من السنة والإجماع :

فأما السنة : فما روى عن أبى هريرة ﵁ قال : قال رسول الله ﷺ : " مطل الغنى ظلم ، وإذا اتبع أحدكم على ملئ فليتبع " أى إذا أحيل أحدكم على ملئ فليحتل ، والأمر بالاتباع دليل الجواز •

---

(١) البناية ٨٠٧/٦ ، فتح الوهاب ٤٢/٢ •

أما الإجماع : فقد أجمعت الأمة على جواز الحوالة بالدين من غير نكير ٠

سبب صحة الحوالة فى الدين دون العين :

اختصت الحوالة بالدين دون العين لكونها تنبئ فى معناها عن النقل وهو فى الدين لا فى العين ٠ إذ أن العين شئ حسى كالثوب فلا يقبل النقل الحكمى كما فى الحوالة ، بل يحتاج إلى النقل الحسى [١].

رابعا : ركن الحوالة :

ركن الحوالة هو الإيجاب والقبول ٠ الإيجاب من المحيل ، والقبول من المحال والمحال عليه جميعا ، وهذا هو المعبر عنه بالرضا ٠

الألفاظ التى تنعقد بها الحوالة :

تنعقد الحوالة بكل لفظ يدل علي الرضا من الموجب والقابل٠

فالإيجاب أن يقول المحيل للطالب : أحلتك على فلان ٠ والقبول من المحال والمحال عليه أن يقول كل منهما قبلت أو رضيت أو نحو ذلك مما يدل على القبول والرضا ٠

واشتراط القبول من المحال عليه هو مذهبنا ، وعند الأئمة الثلاثة أن قبول المحال عليه ليس بشرط ، لأنه لا حاجة إلى رضاه إذا كان المحال به دين المحيل ، لأن الحق للمحيل فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره ٠ ولنا أن الحوالة تصرف على المحال عليه بنقل الحق إلى ذمته فلابد فيه من رضاه [٢].

---

(١) مجمع الأنهر ١٤٦/٢ ٠
(٢) بدائع الصنائع ١٥/٦ ٠

واشتراط الرضا من المحال والمحال عليه يفيد أن الحوالة لا تصح مع إكراه أحدهما ٠ **وهل يشترط رضا المحيل ؟**

الظاهر من كلام القدورى أنه يشترط ذلك ، ونقل عن محمد بن الحسن خلاف ذلك ٠ ذكر ذلك صاحب مجمع الأنهر، وصاحب كتاب الهداية ٠ وعدم اشتراط رضاه على هذه الرواية يعود إلى أن التزام الدين من المحال عليه تصرف فى حق نفسه، والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه ، لأن المحال عليه لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره ٠ وحمل من قال بذلك رواية القدورى على كون المحيل له على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة ، حيث إنها تكون حينئذ إسقاطا لمطالبة المحيل عن المحتال عليه فلا تصح إلا برضاه [١].

حكم الحوالة :

الحوالة لها أحكام ذكرها الإمام الكاسانى وهى [٢]:

١ ــ **براءة المحيل** ، وهذا عند علمائنا الثلاثة ، خلافا لزفر، حيث من مذهبه أن الحوالة لا توجب براءة المحيل ، والحق فى ذمته بعد الحوالة على ما كان عليها قبلها كالكفالة ، لأن كل منهما عقد توثق ٠

ولنا : أن الحوالة هى النقل ، والكفالة هى الضم ، والدين متى انتقل من ذمة لا يبقى فيها وأما ضم الشئ إلى الشئ فلا يوجب فراغ الأول ، إلا أن تكون الكفالة بشرط براءة الأصيل فتصير حوالة [٣].

---

(١) مجمع الأنهر ١٤٧/٢ ٠
(٢) بدائع الصنائع ١٦/٦ ٠
(٣) البناية ٨١٠/٦ ٠

٢ ــ ثبوت ولاية المطالبة للمحال على المحال عليه بدين في ذمته أو في ذمة المحيل على حسب اختلاف متأخرى الحنفية فى ذلك ٠ حيث ذهب بعضهم إلى أن الدين والمطالبة تنتقل إلى المحال عليه ٠ وذهب الآخرون إلى أن أصل الدين باق فى ذمة المحيل ، والذى ينتقل إلى المحال عليه إنما هو المطالبة لا غير ٠

٣ ــ ثبوت حق الملازمة للمحال عليه على المحيل إذا لازمه المحال ، فكلما لازمه المحال فله أن يلازم المحيل ليتخلص من ملازمة المحال ٠ وإذا حبسه المحال فله أن يحبس المحيل إذا كانت الحوالة بأمره ولم يكن على المحال عليه دين مثله للمحيل ، لأنه هو الذى أوقعه فى هذه العهدة فعليه تخليصه منها ٠

الفصل الثانى
فى شروط الحوالة وأنواعها

المبحث الأول
شروط الحوالة

تتنوع شروط الحوالة ، فمنها ما يرجع إلى المحيل ، ومنها ما يرجع إلى المحال ، ومنها ما يرجع إلى المحال عليه ، ومنها ما يرجع إلى المحال به ٠

أ ــ فأما ما يرجع إلى المحيل فهو :

١ ــ أن يكون عاقلا ، فلا تصح حوالة الصبى الذى لا يعقل ، ولا المجنون ، لأن العقل من شرائط الأهلية فى كافة التصرفات ٠

٢ ــ أن يكون بالغا : وهذا شرط لنفاذ الحوالة لا انعقادها ٠ وبناء عليه تنعقد حوالة الصبى المميز ولكن نفاذها يتوقف على إجازة الولى ، لأن الحوالة بالنسبة للمحيل ابراء وفيها معنى المعاوضة ، وما كان على هذا النحو ينعقد من الصبى العاقل موقوفا على إجازة الولى ، إن أجازه نفذ وإلا لم ينفذ ، كما هو الحال فى البيع ٠

ولا تشترط الحرية فى المحيل ، حتى تصح الحوالة من العبد وإن لم يكن مأذونا فى التجارة ، غير أنه إن كان محجورا يرجع عليه المحتال عليه بعد العتق ٠

ولا تشترط صحة المحيل أيضا ، حتى تجوز من المريض، لأنها ليست بتبرع ، فصحت منه ٠

٣ ــ رضا المحيل ، فلا تصح من المكره ، لأنها ابراء فيها معنى التمليك ، فتفسد بالإكراه كسائر التمليكات ٠

ب ـ وأما ما يرجع إلى المحال فهو :

١ ـ العقل ، لأن القبول ركن فى الحوالة كما ذكرنا ، وغير العاقل لا يعتد برضاه ، فلم يكن من أهل القبول .

٢ ـ البلوغ وهو شرط نفاذ الحوالة لا انعقادها كما فى المحيل ، ولكن يشترط أن يكون المحال عليه أملأ من المحيل وإلا لم تصح ، لأنه لا يملك التصرفات الضارة ضررا محضا، وإذا احتال الوصى بمال اليتيم لم تصح الحوالة إلا بشرط ملاءة الثانى ، لأنه منهى عن قربان ماله إلا على الوجه الأحسن . قال تعالى : **﴿ ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن ﴾**(١) .

٣ ـ الرضا ، حتى لو احتال مكرها لم تصح .

٤ ـ أن يقع منه الرضا فى مجلس الحوالة ، وهذا شرط لانعقاد الحوالة ، حتى لو كان المحال غائبا عن المجلس فبلغه الخبر فأجازها لا تنفذ عند أبى حنيفة ومحمد . وعند أبى يوسف ينفذ . والصحيح قولهما ، لأن قبوله ركن فى العقد كما بينا ، فكان كلام المحيل والمحال عليه مفتقدا لركن العقد فلا يصح .

جـ ـ وأما ما يرجع إلى المحال عليه فهو :

١ ـ **العقل** : فلا يصح من المجنون والصبى الذى لا يعقل .

٢ ـ **البلوغ** : وهو من شروط الانعقاد ، حتى لا تصح من الصبى وإن كان عاقلا .

٣ ـ **الرضا** حتى أنه لو أكره على قبول الحوالة لا يصح .

---

(١) سورة الإسراء من الآية ٣٤ .

٤ ـ **المجلس** : وهو شرط الانعقاد عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لأبى يوسف ، كما ذكرنا فى جانب المحال .

د ـ وأما ما يرجع إلى المحال به فهو اثنان :

الأول : أن يكون دينا ، فلا تصح الحوالة بالأعيان كما ذكرنا آنفا .

والثانى : أن يكون لازما ، فلا تصح الحوالة بدين غير لازم كبدل الكتابة .

وليس من شرط الحوالة وجوب الدين على المحال عليه قبل الحوالة ، حتى إنها تصح سواء كان للمحيل دين على المحال عليه أم لم يكن .

المبحث الثانى
أنواع الحوالة

تتنوع الحوالة إلى نوعين : مطلقة ، ومقيدة ٠

فالمطلقة هى التى لا يقيدها المحيل بالدين الذى على المحتال عليه ، ولا بالعين التى فى يده ، أو يحيله على رجل ليس عليه دين ولا فى يده عين ٠

والمقيدة هى التى تتقيد بدين على المحتال عليه أو بعين فى يده بغصب أو وديعة أو غير ذلك[1] ٠

والحوالة بكلا النوعين جائزة لقوله ﷺ : " من أحيل على ملئ فليتبع " من غير فصل ٠

ما تتميز به الحوالة المطلقة عن المقيدة :

الحوالة المطلقة تخالف المقيدة فى الأحكام التالية :

١ ـ إذا أطلق الحوالة ولم يكن على المحال عليه دين ، فإن المحال يطالب المحال عليه بدين الحوالة لا غير ، وإن كان عليه دين فإن المحال عليه يطالب بدينين : الأول : دين الحوالة، والثانى : دين المحيل ٠ فيطالب المحال بالأول ، ويطالب المحيل بالثانى ، ولا ينقطع حق المحيل فى المطالبة بدينه بسبب الحوالة ، لأنها لم تتقيد بالدين الذى على المحال عليه [2] وإذا قيدها بالدين الذى على المحال عليه ، ينقطع حق مطالبة المحيل له ، لأنه قيد الحوالة بهذا الدين فيتقيد به ،

(١) البناية ٨١٥/٦ ٠
(٢)

ويكون ذلك الدين بمنزلة الرهن عنده وإن لم يكن رهنا على الحقيقة ٠

ب ـ لو ظهرت براءة المحال عليه من الدين الذى قيدت به الحوالة ، بأن كان ثمن مبيع فاستحق المبيع تبطل الحوالة ، ولو ظهر ذلك فى الحوالة المطلقة لا تبطل ٠ وكذا لو قيد الحوالة بألف وديعة عند رجل فهلكت الألف عند المودع بطلت الحوالة ، ولو كانت الألف على المحال عليه مضمونة لا تبطل الحوالة بالهلاك لأنه يجب عليه مثلها ٠

٣ ـ إذا مات المحيل فى الحوالة المقيدة قبل أن يؤدى المحال عليه الدين إلى المحال ، وكان على المحيل ديون سوى دين المحال ، وليس له مال سوى هذا الدين ، لا يكون المحال أحق به من بين سائر الغرماء عد علمائنا الثلاثة ٠ وعند زفر يكون المحال أحق بالدين من بين سائر الغرماء قياسا على الرهن ٠

ولنا : أن القياس على الرهن قياس مع الفارق ، لأن المرتهن اختص بغرم الرهن من بين سائر الغرماء ، ولذلك لو هلك يسقط دينه خاصة دون بقية الغرماء ، فلما اختص بغرمه اختص بغنمه ، لأن الخراج بالضمان ٠ فأما المحال فى الحوالة المقيدة فلم يختص بغرم ذلك المال ، ولذلك لو هلك لا يسقط دينه ، فلما لم يختص بغرمه لم يختص بغنمه أيضا ، بل يكون هو وسائر غرماء المحيل أسوة فى ذلك ٠

ولو كانت المسألة بحالها وكانت الحوالة مطلقة يؤخذ من المحال عليه جميع الدين الذى عليه ويقسم بين سائر غرماء المحيل ، ولا يدخل المحال معهم فى هذه القسمة ، وإنما يأخذ حقه من المحال عليه ٠ لأن حقه ثبت عليه فلا يعود إلى المحيل[1]٠

(١) بدائع الصنائع ١٧/٦ ٠

الفصل الثالث

فيما يخرج به المحال عليه عن الحوالة ورجوع المحال على المحيل

المبحث الأول

ما يخرج المحال عليه عن الحوالة

يخرج المحال عليه عن الحوالة بانتهاء حكمها ، وهو ينتهى بأمور منها :

١ ــ فسخ الحوالة إذا كانت باقية : لأن فيها معنى المعاوضة بالمال فكانت محتملة للفسخ ، ومتى فسخت تعود المطالبة للمحيل •

٢ ــ التوى : وهو عند أبى حنيفة بواحد من أمرين لا ثالث لهما :

الأمر الأول : موت المحال عليه مفلسا [١] ، والأمر الثانى: إنكار المحتال عليه للحوالة وحلفه وليس للمحال ولا المحيل بينة عليها • وعند الصاحبين أن التوى يتحقق بأمر ثالث : هو إفلاس المحال عليه حال حياته بناء على حكم القاضى • وعند أبى حنيفة لا يقضى بذلك [٢].

٣ ــ أداء المحال عليه المال إلى المحال ، فإذا أدى خرج عن الحوالة ، إذ لا فائدة فى بقائها بعد انتهاء حكمها •

٤ ــ أن يهب المحال المال للمحال عليه ويقبله •

(١) بأن لم يترك مالا ولا عينا ولا دينا •

(٢) بدائع الصنائع ١٨/٦ ، مجمع الأنهر ١٤٨/٢ •

٥ ــ أن يتصدق عليه ويقبله ، لأن الهبة والصدقة فى معنى الإبراء •

٦ ــ موت المحال إذا كان المحال عليه هو وارثه •

٧ ــ أن يبرئ المحال المحال عليه من المال •

وانتهاء حكم الحوالة بالتوى هو مذهبنا ، ومذهب الشافعى خلافه فلا ينتهى عنده حكم الخوالة بالتوى ، ولا تعود المطالبة إلى المحيل •

احتج الشافعى بما روى عن رسول الله ﷺ أنه قال : " من أحيل على ملئ فليتبع " ولم يفصل •

ولنا ما روى عن سيدنا عثمان ﷺ أنه قال فى المحال عليه إذا مات مفلسا عاد الدين إلى ذمة المحيل وقال : " لا توى على مال امرئ مسلم " وعن شريح مثل ذلك ولم ينقل عن أحد من الصحابة خلافه فكان إجماعا •

ولأن الدين كان ثابتا فى ذمة المحيل قبل الحوالة ، والأصل أن الدين لا يسقط إلا بالقضاء • قال النبى ﷺ : " الدين مقضى " إلا أنه الحق الإبراء بالقضاء فى السقوط ، والحوالة ليست بقضاء ولا إبراء ، فبقى الدين فى ذمته على ما كان قبل الحوالة • إلا أنه بالحوالة انتقلت المطالبة إلى المحال عليه لكن إلى غاية التوى ، لأن حياة الدين بالمطالبة ، فإذا توى لم تبق وسيلة إلى الإحياء فعادت إلى محلها الأصلى [١].

(١) بدائع الصنائع ١٨/٦ •

المبحث الثانى

الرجوع على المحيل [1]

الكلام فى الرجوع ينقسم إلى قسمين : القسم الأول : فى شروط الرجوع ، والقسم الثانى : فيما يرجع به ٠

أولا : شروط الرجوع : لكى يرجع المحال أو المحال عليه على المحيل بالدين المحال يستلزم توافر الشروط التالية :

الشرط الأول : أن تكون الحوالة بأمر المحيل ، فإن كانت بغير أمره لا يرجع ، بأن قال رجل " وهو المحال عليه " للطالب " وهو المحال " إن لك على فلان كذا وكذا من الدين فاحتل بها على ، فرضى بذلك الطالب دون أمر من المحيل ، جازت الحوالة ، إلا أن المحال عليه إذا أدى لا يرجع على المحيل ، لأنها إذا كانت بأمر المحيل يكون مملكا للدين من المحال عليه فكان له أن يرجع بذلك على المحيل ٠ وأما لو كانت بغير أمره لم يوجد معنى التمليك فلا تثبت للمحال عليه ولاية الرجوع ٠

الشرط الثانى : أداء مال الحوالة أو ما هو فى معنى الأداء كالهبة والصدقة إذا قبل المحال عليه ٠ ويندرج فى ذلك ما لو ورث المحال عليه الدين ، لأن الإرث من أسباب الملك فإذا ورثه فقد ملكه ٠ ولو أبرأ المحال المحال عليه من الدين لا يرجع على المحيل ، لأن الإبراء إسقاط حقه ٠ فلم يملك المحال عليه شيئا فلم يرجع ٠

الشرط الثالث : أن لا يكون للمحيل على المحال عليه دين مثله ، فإن كان لا يرجع ، لأن الدينين إذا التقيا حصلت المقاصة بينهما ٠ لأنه لو رجع على المحيل لرجع عليه المحيل أيضا ولا فائدة فى ذلك لأى منهما ، فبطل حق الرجوع ٠

---

(١) المرجع السابق ١٩/٦ ٠

ثانيا : ما يرجع به المحال عليه على المحيل :

يرجع المحال عليه على المحيل بالمحال به لا بما أدى ٠ حتى لو كان المحال به جنيهات فدفع المحال عليه دنانير بدلا منها أو العكس باعتبارهما متصارفان جاز ٠و يراعى فيه شرائط الصرف ، حتى لا يجوز لهما الافتراق قبل القبض ، ولا اشتراط الأجل ، ولا اشتراط الخيار ٠ فإذا حدث ذلك بطل عقد الصرف وعاد الدين على ما كان ٠

وأما إذا صح الصرف بشروطه فالمحال عليه يرجع على المحيل بمال الحوالة لا بالمؤدى ، لأن الرجوع بحكم الملك ، وهو يملك الدين لا المؤدى ٠

صلح المحال للمحال عليه :

لو صالح المحال المحال عليه فإما أن يصالحه على جنس حقه ، وإما أن يصالحه على خلاف جنس حقه : فإن صالحه على جنس حقه وأبرأه عن الباقى يرجع على المحيل بالقدر المؤدى لا بما دفعه ، لأنه ملك ذلك القدر من الدين فيرجع به ٠ وإن صالحه على خلاف جنس حقه بأن صالحه من الجنيهات على ريالات أو نحو ذلك ، كان له أن يرجع بالدين لا بالمؤدى ٠ لأن المصالحة على خلاف الجنس معاوضة معنى ، والمؤدى يصلح أن يكون عوضا عن كل الدين ٠

اختلاف المحال والمحيل :

لو اختلف المحال والمحيل فقال المحال : لم يكن لك على شئ وإنما أنت وكيلى فى القبض ، والمقبوض لى ، وقال المحال لا بل أحلتنى بدين لى عليك ، فالقول قول المحيل مع يمينه ، لأن المحال يدعى عليه دينا وهو ينكر ، والقول قول المنكر عند عدم البينة مع يمينه [1].

---

(١) بدائع الصنائع ١٩/٦ ٠

الباب السادس
الشركة
الفصل الأول
التعريف بالشركة وشروطها

تعريف الشركة:

الشركة لغة : الاختلاط على الشيوع ، ومنه قول الله تعالى: ﴿ **أم لهم شركاء شرعوا لهم من الدين ما لم يأذن به الله** ﴾ (١).

واصطلاحا : عبارة عن عقد بين المتشاركين فى الأصل والربح .

حكم الشركة والأصل فى مشروعيتها :

الشركة جائزة لأنه ﷺ بعث والناس يتعاملون بها فأقرهم على ذلك ولو لم تكن جائزة لأنكرها ﷺ ، وأيضا فإن الناس من لدن الصدر الأول إلى يومنا هذا يتعاملون بها ولم ينكرها أحد فكان إجماعا .

المبحث الأول
أنواع الشركة

الشركة نوعان : شركة أملاك ، وشركة عقود .

فشركة الأملاك ، كالعين يرثها الرجلان ، أو يشتريانها ، أو توهب لهما ، أو يوصى لهما ، أو يتصدق بها عليهما فيقبلا ذلك ، فتصير العين مشتركة بينهما . ومن ذلك أن يختلط المالان دون اتفاق ومن غير تدخل منهما .

(١) سورة الشورى من الآية ٢١ .

وفى هذا النوع من الشركات يكون لكل من الشريكين الحق فى بيع نصيبه من شريكه ومن غير شريكه بغير إذنه إلا فى صورة الخلط .

ولا يكون لأحد الشريكين أن يتصرف فى حق شريكه إلا بإذنه ، لكونه أجنبيا عنه .

وشركة العقود : هى التى تتم بعقد شركة بين المتشاركين .

وركنها : الإيجاب والقبول بلفظ الشركة وما فى معناه . كأن يقول أحدهما للآخر شاركتك فى كذا وكذا ، أو فى عموم التجارات ويقول الآخر قبلت .

والشرط فى شركة العقد : أن يكون عقد الشركة قابلا للوكالة ، فيخرج الاحتطاب والاصطياد . وعقد الشركة فى هذه الحالة يتضمن الوكالة وإن لم ينصا عليها ، لأن المقصود من الشركة هو حصول الربح بالتجارة ، والتصرف فى مال الغير لا يجوز إلا بولاية أو وكالة ولم توجد الولاية فبقيت الوكالة حكما ضرورة تحقق الغاية من الشركة وهى حصول الربح .

أنواع شركة العقد

تنقسم شركة العقود إلى ثلاثة أنواع :

النوع الأول : شركة الأموال :

وهى أن يشترك اثنان فى رأس المال فيقولان : اشتركنا فيه على أن نشترى ونبيع معا . أو أطلقا على أن ما رزق الله ﷻ من ربح فهو بيننا على شرط كذا .

النوع الثانى : شركة الأعمال .

وتسمى أيضا بشركة الأبدان أو الصنائع أو التقبل ، وهى أن يشتركا على عمل من الخياطة أو الصباغة أو غيرهما

فيقولان: اشتركنا على أن نعمل فيه على أن ما رزق الله من أجرة فهى بيننا على شرط كذا ٠

النوع الثالث : شركة الوجوه :

وهى أن يشتركا وليس لهما مال ، لكن لهما وجاهة عند الناس ، فيقولان : اشتركنا على أن تشترى بالنسيئة ونبيع بالنقد على أن ما رزق الله من ربح فهو بيننا على شرط كذا ٠ وسمى هذا النوع بشركة الوجوه ، لأن الناس لا تبيع فى العادة نسيئة إلا للوجيه من الناس عادة ٠ وتسمى هذه الشركة أيضا بشركة المفاليس ٠

وكل نوع من هذه الأنواع الثلاثة إما شركة مفاوضة ، وإما شركة عنان ٠ فصارت الأنواع ستة ٠

وإليك تعريف شركة العنان وشركة المفاوضة ٠

شركة العنان : هى أن يشترك اثنان فى نوع من أنواع الطعام ، وفى عموم التجارات ولا يذكرون الكفالة فى العقد ، والعقد هنا ينعقد على الوكالة لما بينا سابقا ، ولكنه لا ينعقد على الكفالة ، لأن معنى العنان الإعتراض والظهور ، يقال عن له كذا أى عرض وظهر ، وهذا لا ينبئ عن الكفالة ٠

شركة المفاوضة : وهى فى اللغة المساواة ٠ سمى هذا النوع بذلك لاعتبار المساواة فى رأس المال والربح والتصرف وغير ذلك ٠ وقيل : هى من التفويض ، لأن كلا منهما يفوض صاحبه فى التصرف على كل حال ٠

وفى الاصطلاح : أن يشترك الرجلان فيتساويان فى مالهما، وتصرفهما ، ودينهما ، يفوض كل منهما أمر الشركة إلى صاحبه دون تقييد بشئ ٠

المبحث الثانى
شركة الأموال

أولا : شروط شركة الأموال :

الشروط اللازمة لصحة عقد شركة الأموال على نوعين :

النوع الأول : شروط عامة فى شركة العقد ٠

وهى قابلية المحل للوكالة ، وأهلية الشريكين ، وتحديد ما يخص كلا منهما من الربح مشاعا دون تحديد مبلغ معين ٠

فأما الشرط الأول فقد سبق ذكره ، وإليك بيان الشرطين الآخرين ٠

الشرط الأول : أهلية التوكيل والتوكل : لأن الوكالة وهى تفويض التصرف للشريك الثانى لازمة فى كل الشركات ، لأن كل قسم منها يستلزم التوكيل بحيث يكون للشريك الثانى التصرف فى نصيب الأول من بيع وشراء ، وتقبل للعمل والأجر ونحو ذلك ٠

وعلى ذلك فيشترط فى كل منهما العقل كما هو مشترط فى باب الوكالة ٠

الشرط الثانى : معلومية الربح : فإن كان مجهولاً تفسد الشركة ، لأن المعقود عليه هو الربح ، فإذا جهل أوجبت هذه الجهالة فساد العقد ٠

ويجب أن يكون الربح جزءا شائعاً فى الجملة وليس معينا ، فإن عينا مبلغاً ثابتاً فسدت ، لأن مقتضى العقد الشركة فى الربح ، والتعيين يقطع الشركة لجواز أن لا يحصل من الربح إلا القدر المتفق عليه لأحدهما فلا تتحقق الشركة فى الربح ٠

النوع الثانى : شروط خاصة بشركة الأموال :

الشرط الأول : أن يكون رأس مال الشركة من الأثمان المطلقة التى لا تتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير ، سواء كانت هذه الشركة عناناً أو مفاوضة ، فلا تصح الشركة فى العروض عند عامة العلماء • ومذهب مالك أن هذا ليس بشرط ، حتى تجوز الشركة عندهم فى العروض مطلقاً ، سواء كانت من ذوات الأمثال أو من ذوات القيم ، ويجعلون قيمتها رأس المال وقت العقد •

والصحيح مذهب العامة ، لأن معنى الوكالة من لوازم الشركة ، والوكالة التى تتضمنها الشركة لا تصح فى العروض وتصح فى الدراهم والدنانير ، لأن من قال لغيره بع عرضك على أن ثمنه بيننا لا يجوز ، وإذا لم تجز الوكالة التى هى من لوازم الشركة لم تصح الشركة [١].

ولأن الشركة فى العروض تؤدى إلى جهالة الربح عند القسمة ، لأن رأس المال يكون قيمة العروض لا عينها ، والقيمة معروفة بالحزر والتخمين فتصير مجهولة ويصير الربح مجهولا فيؤدى إلى المنازعة عند القسمة ، وهذا المعنى غير موجود فى الأثمان المطلقة •

ولأن النبى ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن ، والعروض غير مضمونة بالهلاك ، لأنها تتعين بالتعيين ، وإذا كانت كذلك فالشركة فيها تؤدى إلى ربح ما لم يضمن وهو منهى عنه •

(١) بدائع الصنائع ٦/٥٩ ، عقود الشركات د• عتيقى ص٤٦ •

وقد ذكر الكاسانى حيلة فى جواز الشركة بالعروض ليس مجال ذكرها هنا [١].

الشرط الثانى : أن يكون رأس مال الشركة عينا حاضرة :

فلا تجوز بالدين أو المال الغائب ، عنانا كانت أو مفاوضة لأن المقصود من الشركة الربح ، وذلك يكون بالتصرف ، ولا يمكن ذلك فى الدين ولا المال الغائب • والمعتبر فى حضور المال وقت الشراء لا وقت العقد ، لأن المقصود يحصل بذلك •

وهل يشترط خلط المالين ؟

اشترط الشافعية ذلك وقالوا باشتراط خلط المالين بحيث لا يتميزان ، ولابد عدنهم أن يكون الخلط عند العقد ، وهذا مذهب زفر •

ومذهب علمائنا الثلاثة أن ذلك ليس بشرط • وينبنى على ذلك أنه إذا كان المالا من جنسين بأن كان لأحدهما دراهم وللآخر دنانير فالشركة جائزة عندنا خلافا لزفر والشافعى ، وكذلك إذا كانا من جنس واحد ولكن بصفتين مختلفتين ، كما لو كان أحدهما ذهبا والآخر فضة [٢] ولا يشترط العلم برأس المال عندنا وقت العقد ، وعند الشافعى أن ذلك شرط الجواز •لنا : أن الجهالة لا تمنع الجواز لعينها ، بل لإفضائها إلى المنازعة ، وهذا لا يحدث هنا ، لأنه يعلم مقداره وقت الشراء فلا يؤدى إلى جهالة مقدار الربح وقت القسمة •

(١) بدائع الصنائع ٦/٥٩ •

(٢) وعن زفر أن هذا الشرط مختص بشركة المفاوضة دون العنان • ولكن الطحاوى ذكر أن ذلك شرط فيهما عند زفر • بدائع الصنائع ٦/٦٠ •

الشرط الثالث : أن يكون العمل فى رأس المال على جميع الشركاء :

ولا يشترط أن ينص على ذلك فى العقد ، لأن ذلك من مقتضاه إذ أن الوكالة متضمنة فى العقد فيجعل لكل منهم ولاية العمل فى رأس المال ، وبناء على ذلك فلو اشترط فيها منع أحدهما من العمل لم يجز ، لأن ذلك مناف لمقتضى عقد الشركة •

النوع الثالث : شروط خاصة بشركة المفاوضة :

يضاف إلى الشروط العامة المتقدمة فى شركة الأموال شروط خاصة بشركة المفاوضة من هذا النوع ، وهذه الشروط هى :

١ ــ أن يكون لكل من الشريكين أهلية الكفالة ، بأن يكونا حرين عاقلين بالغين • لأن مقتضى عقد المفاوضة أن يكفل كل منهما صاحبه ، إضافة إلى كونه وكيلا عنه ، فما يجب على واحد منهما يكفله صاحبه عنه ، على اعتبار أنهما متساويان فى موجبات التجارة ، بسبب استوائهما فى الربح والتصرف ورأس المال •

٢ ــ المساواة فى رأس المال قدرا وهى شرط صحة المفاوضة بلا خلاف ، حتى لو كان المالان متفاضلان قدرا لم تكن مفاوضة • ولابد مع اشتراط المساواة فى القدر من اشتراط المساواة فى القيمة ، حتى لو كان مال أحدهما صحاحا والآخر مكسرة ، وبينهما فضل قيمة فى الصرف لم تجز المفاوضة فى المشهور من مذهبنا [1].

(١) بدائع الصنائع ٦١/٦ •

٣ ــ شمول رأس مال الشركة لجميع أموال الشركاء التى تصلح للشركة :

ومعنى ذلك : أنه يجب أن يتفق الطرفان على أن تدخل كل أموالهما التى تصلح للشركة فى رأس المال وإلا صارت الشركة عنانا ، ولكن لا يشترط المساواة فى الأموال غير الداخلة فى الشركة ، فيجوز التفاضل فى الأموال التى لا تدخل تحت العقد ، كالعروض والعقارات ، والديون ، أو الأموال الغائبة • وتكون حينئذ بمنزلة التفاضل فى الأزواج والأولاد •

٤ ــ المساواة فى الربح : فإن شرط التفاضل فيه لم تكن مفاوضة ، بل تصير عنانا •

٥ ــ أن يكون التفويض عاما فى جميع أنواع التجارات ، فلا يختص أحدهما بتجارة دون شريكه لما فى الاختصاص من إبطال معنى المفاوضة • وبناء على ذلك فلا تجوز شركة المفاوضة بين المسلم والذمى ، لأن الذمى يختص بتجارة لا تجوز للمسلم ، وهى تجارة الخمر والخنزير فلم تتحقق المساواة التى هى معنى المفاوضة • وهذا قول أبى حنيفة ومحمد • وعند أبى يوسف أنه تجوز مفاوضة الذميين لاستوائهما فى أهلية الوكالة والكفالة ، فلا عبرة بزيادة تصرف يملكه أحدهما[1].

(١) كالمفاوضة بين الحنفى المذهب والشافعى المذهب جائزة ، مع أنهما يتفاتان فى التصرف فى متروك التسمية عمدا ، حيث يجوز ذلك عند الشافعية دون الحنفى • البناية ٨٤/٦ •

وأما مفاوضة المسلم للمرتد فلا تجوز عندهما كما لا تجوز بين المسلم والذمى • وأما أبو يوسف فقياس قوله فى الذمى أنه يجوز ، لكنه فرق بينهما من حيث أن ملك المرتد ناقص لكونه على شرف الزوال ، بدليل أنه لو قضى قاض بزوال ملكه وبطلان تصرفه نفذ قضاؤه ، فلم يستويا فى التصرف ، فلا تجوز المفاوضة بينهما عنده ، خلافا للذمى • ولو فاوض مرتده فلا يجوز • وهذا على قولهما واضح لأنهما لا يجيزان المفاوضة بين المسلم والكافر • وعلى قول أبى يوسف ينبغى أن تجوز ، لأن الكفر غير مانع من المفاوضة عنده ، وإنما المانع نقصان الملك والتصرف ، وهذا لا يوجد فى المرأة •

وأما مفاوضة المرتدين بعضهم لبعض ، أو مشاركتهما لبعضهما فى شركة العنان ، فذلك موقوف عند أبى حنيفة لحين ظهور أحدهما • فإن أسلما جاز عقدهما ، وإن قتلا على ردتهما ، أو ماتا ، أو لحقا بدار الحرب بطل العقد • وعند الصاحبين أن شركة العنان جائزة لأن عقودهما نافذة •

وأما مفاوضتهما فلا تصح • وهذا على أصل أبى يوسف واضح ، لأن نقصان الملك يمنع المفاوضة عنده • وأما عند محمد فلأن المرتد عنده بمنزلة المريض مرض الموت ، وكفالة المريض لا تصح إلا من الثلث ، والمفاوضة تقتضى جواز الكفالة على الإطلاق •

٦ ـ أن يكون العقد بلفظ المفاوضة • لأن لها شروط خاصة لا تندرج إلا لفظ المفاوضة • وليس من اللازم أن يستخدم لفظ المفاوضة حرفيا ، بل كل ما يدل عليه تقوم به شركة المفاوضة • لأن العوام من الناس قلما يقفون على ألفاظ اللغة الصحيحة ، وهذه العقود تجرى بينهم ، فصحت بكل

لفظ يدل على المفاوضة ، لأن العبرة فى المعقود لمعانيها لا عين ألفاظها •

هذه هى الشروط الخاصة بالمفاوضة ، فإن توافرت كان العقد مفاوضة ، وإن اختل شرط منها كانت الشركة عنانا ، لأن الشركة تضمنت العنان وزيادة ، فبطلان العنان لا يوجب بطلان المفاوضة [١].

(١) بدائع الصنائع ٦٢/٦ •

الفصل الثانى
المفاوضة والعنان فى شركات الأموال وما يتعلق بها من أحكام
المبحث الأول
مشروعية شركة الأموال بنوعيها

أما شركة العنان فهى جائزة بالإجماع • وقد سبق لنا بيان أدلة المشروعية عند الكلام عن عقد الشركة اجمالا • ويضاف إلى ذلك دليل من المعقول وهو أن العقود إنما شرعت لمصلحة العباد ، وحاجتهم إلى استنماء المال متحققة • وهذا النوع طريق صالح للاستنماء فكان مشروعا • ولأنه يشتمل على الوكالة والوكالة جائزة بالإجماع •

وأما شركة المفاوضة ، فقد حصل اختلاف بين الفقهاء فى مشروعيتها :

فقد نقل عن الإمام مالك أنه قال : لا أعرف ما المفاوضة• وأبطل الشافعية هذا النوع من الشركات •[1] ، لأن الكفالة فى المفاوضة بمجهول ، والكفالة بالمجهول غير جائزة حال الانفراد فكذا فى حال اجتماعها مع الشركة •

والرد على الإمام مالك فى قوله السابق يكون بواحد من أمرين :

الأمر الأول : أنه إن أراد بعدم المعرفة المعنى اللغوى ، فقد بينا معناها سابقاً وأنها تنبئ عن المساواة •

(١) عمدة السالك ص٢٥٤ •

والأمر الثانى : أنه إن عنى بعدم المعرفة • الجواز من عدمه ، فقد عرفنا رسول الله ﷺ الجواز بقوله ﷺ : " تفاوضوا فإنه أعظم للبركة " [١]•

وقوله : " إذا فاوضتم فأحسنوا المفاوضة " [٢] وروى ابن ماجة فى سننه فى كتاب التجارات أن رسول الله ﷺ قال : "ثلاث فيهن البركة : البيع إلى أجل ، والمفاوضة ، واختلاط البر بالشعير للبيت لا للبيع ، وأيضا عرفنا الجواز بالعقل ، لأنها مشتملة على أمرين جائزين" وأيضاً عرفنا الجواز بالعقل، لأنها مشتملة على أمرين جائزين ، وهما الوكالة والكفالة ، فلما جاز كل منهما بانفراده جاز فى حالة الاجتماع •

وأما الشافعى فيرد عليه ، بأنه وإن كان المكفول له مجهولا فى عقد الشركة ، لكن هذا النوع من الجهالة معفو عنه هنا وإن لم يعف عنه منفردا • كما فى شركة العنان ، فإنها تشتمل على الوكالة العامة وإن كان هذا التوكيل لا يصح حالة الانفراد وكذا المضاربة تتضمن وكالة عامة وهى صحيحة وإن كانت لا تصح من غير بيان فى حال الإنفراد • والكفالة بمجهول تثبت ضمن عقد الشركة وقد يثبت الشئ ضمنا وإن لم يثبت قصدا كعزل الوكيل يصح فى عقد الوكالة المنفردة ولا يصح فى عقد الشركة •

(١) هذا الحديث مروى فى كتب فقه الحنفية وأنكره خصومهم •
(٢) قال صاحب البناية : "غريب " البناية ٨١/٦ •

المبحث الثانى
أحكام شركة العنان

لا يراعى فى شركة العنان شروط شركة المفاوضة كما أسلفنا • ولذلك تصح ممن له أهلية التصرف وإن لم يكن أهلا للكفالة فتصح من الصبى المأذون له فى التجارة ولا يشترط فيه البلوغ ، كذلك لا يشترط التساوى بين رأس المال فيجوز مع تفاضل الشريكين ، ولا يشترط دخول أموالهما التى تصلح للشركة جميعها إلى الشركة كما هو الحال فى المفاوضة بينهما، كما يجوز أن يشتركا فى عموم التجارة ، أو فى نوع خاص منها ، ولا يشترط لفظة العنان فيها ، لأن اشتراط اللفظ فى المفاوضة ، كان لوجود شروط خاصة لها ، فأما العنان فلا يشترط فيها شئ خاص بها •

كيفية اقتسام الربح فى شركة العنان •

ذكر الكاسانى من الحنفية أن الربح إنما يستحق بواحد من ثلاثة :

أولا : المال • ثانيا : العمل • ثالثا : بالضمان •

أما ثبوته بالمال فظاهر ، لأن الربح نماء رأس المال فيكون لمالكه ، ولهذا استحق رب المال الربح فى المضاربة • وأما ثبوته بالعمل فإن المضارب يستحق الربح بعمله فكذا الشريك •

وأما ثبوته بالضمان فعملا بقوله ﷺ : " الخراج بالضمان " وأيضا فلو أن صانعا تقبل عملا بأجر ثم لم يعمل بنفسه ولكن أعطاه لغيره ليعمل فيه بأقل مما أتفق عليه الأول طاب له

الفضل ، ولا سبب لاستحقاق الفضل للأول فى هذه الصورة إلا الضمان فثبت أن كل واحد من هذه الثلاثة سبب صالح لاستحقاق الربح •

إذا تقرر ذلك فمتى اتفق المتعاقدان على أن يكون الربح بينهما بقدر المالين متساويا أو متفاضلا جاز عندنا ويكون الربح بينهما على ما شرطا ، سواء اشترطا العمل عليهما أو على أحدهما عملا بقوله ﷺ : " المسلمون على شروطهم " والوضيعة عليهما بقدر المالين ، لأنها اسم لجزء هالك من المال ، فيقدر بالمال •

وإن كان المالان متساويين فشرطا لأحدهما فضلا من الربح عن الثانى ينظر : فإن شرطا العمل عليهما جميعا جاز والربح بينهما على الشرط عند أبى حنيفة وصاحبيه ، وعند زفر لا يجوز أن يشترط لأحدهما أكثر من ربح ماله ، وهو مذهب الشافعى (١).

وسبب الجواز عندنا يعود إلى ما قدمناه من أن الربح تارة يكون بالمال ، وتارة يكون بالعمل ، وتارة يكون بالضمان وسواء عملا جميعا أو عمل أحدهما فالربح بينهما على ما شرطا ، لأن استحقاق الربح بشرط العمل لا بوجوده بدليل أن المضارب إذا استعان برب المال استحق الربح وإن لم يوجد منه العمل ، لوجود شرط العمل فى المضاربة عليه • والوضيعة فى هذه الصورة أيضا •

(١) اشتراط الفضل فى الربح لا يجوز فى شركة الأملاك بالاتفاق ، حتى لو اتفق الشريكان فى شركة الملك للماشية ، أن يكون لأحدهما فضل من أولادها أو ألبانها لم تجز بالإجماع • بدائع الصنائع ٦٢/٦ •

وإن شرطا العمل على أحدهما والمسألة بحالها ، فإن شرطاه للذى شرطا له الفضل جاز ، والربح بينهما على ما اشترطا • فيستحق ربح رأس ماله ، والفضل مقابل عمله • وإن شرطاه على أقلهما ربح لم يجز • لأن شرط الزيادة لم يقابله مال ولا عمل ولا ضمان ، وقد بينا أن الربح لا يستحق إلا بأحد هذه الأشياء الثلاثة • هذا إذا كان المالان متساويين •

فإن كانا متفاضلين وشرطا التساوى فى الربح فهو على هذا الخلاف • بين زفر والشافعى من جهة وعلمائنا الثلاثة من جهة أخرى ، بمعنى أنه إذا شرطا العمل عليهما وكانت زيادة الربح لأحدهما على قدر رأس ماله بعمله فهو جائز • وعند زفر لا يجوز إلا أن يكون الربح بقدر رأس المال • فمن له زيادة فيه وجب أن يكون له زيادة فى الربح بقدره •

وإن اشترطا العمل على أحدهما ، فإن شرطاه على الذى رأس ماله أقل جاز ، ويستحق قدر ربح ماله بماله والفضل مقابل عمله • وإن شرطاه على صاحب الأكثر لم يجز ، لأن زيادة الربح فى حق صاحب الأقل لم يقابله مال ولا عمل ولا ضمان •

الفصل الثالث

شركة الأعمال

شركة الأعمال كغيرها تتنوع إلى نوعين : مفاوضة ، وعنان •

المبحث الأول

المفاوضة فى شركة الأعمال

المفاوضة فى شركة الأعمال تستلزم شروطا خاصة إضافة إلى الشروط العامة فى الشركات والتى سبق بيانها • فمن شروطها :

١ ـ أهلية الكفالة ، وذلك بالبلوغ والعقل •

٢ ـ التساوى فى الأجر ، لأن المفاوضة مبنية على المساواة •

٣ ـ مراعاة لفظة المفاوضة • وقد سبق بيان هذه الشروط فى شركة الأموال •

ثانيا : العنان فى شركة الأموال :

لا يشترط لشركة العنان أيا من الشروط المتقدمة فى المفاوضة ، وإنما تشترط أهلية التوكيل والتوكل ، وذلك بالعقل، فتجوز من الصبى المأذون له فى التجارة •

ولا يشترط فى شركة الأعمال اتحاد الصنعة فتجوز إن اتفقت أعمالها أو اختلفت • فتجوز الشركة إن كان أطرافها من

الأطباء فقط ، أو المهندسين فقط ، كما تجوز بين المهندس والبناء أو النجار ، أو بين الخياط والصباغ ونحو ذلك • ومذهب زفر عدم الجواز إن اختلفت الصنعة ، لأن الشركة لا تجوز بالمالين عنده ، فكذا بالعملين • وعندنا يجوز بالمالين فيجوز بالعملين • ولأن استحقاق الأجر فى هذه الشركة بضمان العمل ، والعمل مضمون عليهما سواء اتفق العملان أو اختلفا •

كما لا يشترط فى شركة الأعمال أن يكون العمل عليهما متساوياً بل تجوز ولو كان العمل من أحدهما والحانوت من الآخر • قال الكاسانى " لو أن رجلا أجلس فى دكانه رجلا يطرح عليه العمل بالنصف فالقياس أن لا تجوز هذه الشركة ، لأنها شركة العروض ، لأن الحانونه من العروض ، وشركة العروض غير جائزة ، وفى الاستحسان جائزة لأن شركة الأعمال هى شركة التقبل ، وتقبل العمل من صاحب الحانوت عمل ، وشركة الأعمال جائزة بلا خلاف بين أصحابنا ، لأن مبناها على الوكالة ، والوكالة على هذا الوجه جائزة [1].

(١) بدائع الصنائع ٦٤/٦ •

المبحث الثانى
أحكام شركة الأعمال

أ ــ عقد المفاوضة فى شركات الأعمال :

من أحكام هذا العقد أن ما يلزم أحدهما بسبب هذه الشركة يلزم صاحبه ويطالبه به من ثمن صابون أو أجرة أجير أو إيجار حانوت ونحو ذلك • كما يجوز إقرار أحد الشريكين على نفسه وعلى شريكه بالدين ، وللمقر له أن يطالب به أيهما شاء ، لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فى عقد المفاوضة • ولو أقر أحدهما بشئ فى أيديهما أنه للغير وأنكر الآخر قبل إقرار المقر ونفذ فى حق صاحبه •

ب ــ عقد العنان فى شركة الأعمال :

يترتب على عقد العنان فى شركة الأعمال ما يأتى :

١ ــ أن لكل من الشريكين أن يتقبل العمل ، ومتى تقبله لزمه هو وشريكه • لأن مقتضى عقد الشركة أن كلا منهما قد أذن له صاحبه فى تقبل العمل عليه فصار وكيله فيه •

٢ ــ لكل من الشريكين أن يطالب صاحب العمل بكل الأجرة ، لأنه قد لزمه كل العمل فله المطالبة بكل الأجرة ، وأيهما أخذ الأجر من طالب العمل برئ ، لأنه دفع الأجر لمن له حق أخذه منه • وإذا أخذ أى منهما الأجر وجب عليه وعلى صاحبه ضمان العمل •

٣ ــ لا يشترط التساوى فى العمل بينهما ، بل الأجر يكون على ما شرطا ، ولو لم يعمل أحدهما بأن مرض أو سافر ،

لأن الأجر فى هذه الشركة إنما يستحق بضمان العمل لا بالعمل، لأن العمل قد يكون منه أو من غيره ، وإنما يستحق الأجر لوجود ضمان العمل منه ، وههنا شرط العمل عليهما ، فإذا عمل أحدهما دون الآخر يصير عاملا لنفسه فى النصف ولشريكه فى النصف الثانى ٠

٤ ـ يجوز اشتراط التفاضل فى الأجر إذا اشترطا التفاضل فى ضمان العمل ، بأن شرطا لأحدهما ثلثى الكسب وللآخر الثلث ، وشرط أن يكون العمل عليهما بنفس النسبة ٠ وسواء عمل الذى له الفضل أو لم يعمل طالما اشترطا العمل عليهما لما قدمنا ٠

ولو شرطا الكسب أثلاثا ولم يقسما العمل بينهما نصفين جاز ، لأنهما لما شرطا التفاضل فى الكسب ، وهو لا يصح إلا بشرط التفاضل فى العمل كان ذلك اشتراطا للتفاضل فى العمل وإن لم يذكراه تصحيحا لتصرفهما عند امكان التصحيح ٠ ولو شرطا الكسب أثلاثا والعمل نصفين لم يجز ، لأن فضل الأجرة لم يقابلها مال ولا عمل ولا ضمان ، والربح لا يستحق إلا بأحد هذه الأشياء ٠

٥ ـ الوضيعة بين الشريكين تكون على قدر الضمان ، فلو اشترطا أن تكون الوضيعة نصفين ، والعمل عليهما أثلاثا كانت الوضيعة المشترطة باطلة ، لأنهما لو اشترطا فى هذه الصورة أن يكون الربح نصفين لم يجز ، فأولى أن لا تكون الوضيعة فيه إلا على قدر الضمان [1]٠

(١) المرجع السابق ٧٦/٦ ٠

الفصل الرابع
شركة الوجوه وذكر الكلام فى صفة الشركة
المبحث الأول
فى بيان أحكام شركة الوجوه

ويشترط لشركة المفاوضة فيها أن يكونا من أهل الكفالة ، وأن يكون المبيع بينهما نصفين ، وأن يكون الربح بينهما كذلك ، كما هو الحال فى شركة المفاوضة فى كل الأنواع التى ذكرناها ٠

وأما العنان منها فلا يشترط فيها أهلية الكفالة ولا المساواة فى ملك المبيع ٠ حتى لو اشترطا بوجوههما على أن يكون المبيع بينهما نصفين أو ثلاثا أو أرباعا جاز كيفما اشتركا ٠ ويكون ضمان الثمن بينهما على قدر ما اشترطا من الربح ٠ فإن شرطا لأحدهما فضل ربح على حصته من الضمان فالشرط باطل ، ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما لثمن المبيع ٠ لأنه إذا زاد يكون ربح ما لم يضمن وقد نهى النبى ﷺ عنه ٠

فإن اعترض على ذلك بأن الربح كما يكون بالضمان يكون بالعمل فجاز أن يستحق أحدهما زيادة الربح بزيادة العمل ، فالجواب أن هذا مسلم لكم إذا كان العمل فى مال معلوم كما فى المضاربة والعنان فى شركات الأموال ، ولم يوجد ذلك هنا فلا يستحق الزيادة ٠

المبحث الثانى
فى صفة عقد الشركة

ونعنى به قابلية الشركة للفسخ باعتبارها من العقود الجائزة، والفسخ هنا لا يشترط فيه رضا الطرفين ، بل يجوز أن يقوم بذلك أحد الأطراف منفرد ولو لم يرض الطرف الآخر بشرط أن يكون بحضرته أى بعلمه ، ولو كان أحدهما غائبا وعلم بالفسخ فينفسخ العقد •

وأما لو لم يعلم بأن كان غائبا ولم يبلغه الفسخ لا ينفسخ العقد ، لأن الفسخ من غير علم صاحبه اضرار به ، ولهذا لم يصح عزل الوكيل من غير علمه ، ولما كانت الوكالة متضمنة فى الشركة اشترط فيها علم الوكيل وهو الطرف الثانى فى الشركة •

وهل يشترط أن يكون رأس المال عينا حتى يمكن الفسخ ؟ إذا لم يكن رأس المال عينا كالدراهم والدنانير ، وكان من العروض وقت الفسخ لم يصح الفسخ ولا تنفسخ الشركة قياسا على المضاربة ، فإن رب المال إذا نهى المضارب عن التصرف وكان المال دراهم ودنانير صح النهى ، ولم يكن له أن يشترى بالدراهم عروضا • وإن كان المال وقت النهى عروضا فلا يصح نهيه ، لأنه يحتاج إلى بيعها ليظهر الربح ، فكان الفسخ ابطالا لحقه فى التصرف •

وبعض مشايخ الحنفية يفرقون بين الشركة والمضاربة ، لأن مال الشركة فى يد الشريكين جميعا ، ولهما جميعا ولاية

التصرف ، فيملك كل منهما نهى صاحبه عينا كان المال أو عروضا ، وأما مال المضاربة ففى يد المضارب ، وله وحده ولاية التصرف دون رب المال ، فلا يملك رب المال نهيه بعد ما صار عروضا [١].

---

(١) بدائع الصنائع ٧٧/٦ .

الفصل الخامس

مبطلات عقد الشركة ومفسداتها

المبحث الأول

مبطلات الشركة

هناك مبطلات للشركة عموماً ، وأخرى للبعض دون البعض ·

المبحث الأول

المبطلات العامة

١ ـ الفسخ من أحد الشريكين ، لأنه عقد جائز كما سبق وأسلفنا ·

٢ ـ موت أحد الشريكين ، فأيهما مات انفسخت الشركة ، لبطلان الملك وأهلية التصرف بالموت ، سواء علم الثانى بموت الأول أو لم يعلم ، لأن كلا منهما وكيل عن صاحبه ، وموت الموكل يعزل الوكيل سواء علم أو لم يعلم ، حيث إن العزل هنا حكمى فلا يتوقف على العلم ·

٣ ـ ردة أحدهما إذا لحق بدار الحرب ، وحكم القاضى بردته لحوقه ، لأن هذا بمنزلة الموت ·

٤ ـ جنون أحدهما جنونا مطبقاً ، لأن الوكيل يخرج عن الوكالة به ، وجميع ما يخرج به الوكيل يبطل به غقد الشركة ، لتضمنها للوكالة كما سبق وبينا ·

المبحث الثانى

المبطلات الخاصة

١ ـ هلاك المالين أو أحدهما قبل الشراء فى شركة الأموال ، سواء كانا من جنسين أو من جنس واحد قبل الخلط ، لأن الدراهم والدنانير يتعينان فى الشركات ، فإذا هلكت فقد هلك ما تعين العقد بعينه قبل إبرام العقد وحصول المعقود عليه فيبطل العقد · بخلاف ما إذا اشترى شيئاً بدراهم معينة ثم هلكت الدراهم قبل العقد حيث لا يبطل البيع ، لأن الدراهم والدنانير لا يتعينان فى المعاوضات ويتعينان فى الشركات ، ثم إذا هلك أحد المالين قبل الشراء هلك من مال صاحبه ، لأن الهالك مال يملكه أحدهما بيقين وهو أمانة فى يد صاحبه ، فيهلك على صاحبه خاصة ، بخلاف ما إذا كان المالان من جنس واحد وخلطا ثم هلك فإنه يهلك مشتركا ، لأنا لا نتيقن أن الهالك ملك أحدهما · ثم إذا تلف فى يد أحدهما فالقول قوله فى مقدار الربح والوضيعة مع يمينه عند عدم البينة ، وكذا إذا تجاحدا فى تلف رأس المال كله أو بعضه أو نحو ذلك [1]·

٢ ـ فوات المساواة بين رأس مال الشريكين فى شركة المفاوضة بالمال بعد وجودها : لأن المساواة من شروط انعقاد شركة المفاوضة بالأموال كما سبق وبينا ، وأيضاً فهذه المساواة من شروط بقاء تلك الشركة منعقدة ، لأنها مفاوضة فى الحالين· وعلى هذا تبطل الشركة إذا تفاوضا والمال مستو ثم

(١) تبيين الحقائق للزيلعى ٦٤/٥ ·

ورث أحدهما مالا مما تصح به الشركة كالدراهم والدنانير • لعدم المساواة بين المالين التى هى من معانى العقد • [1] ولو ورث عروضا لا تبطل ، لأنها لا تصلح أن تكون رأس مال للشركة•

وكذا لو ورث ديونا ما لم يقتضى تلك الديون ، لأنها قبل القبض لا تصلح أن تكون رأس مال للشركة ، وتبطل المفاوضة أيضاً لو ازدادت قيمة أحد المالين عن الآخر قبل الشراء كما لو كان لأحدهما دراهم وللآخر دنانير ، وزادت قيمة أحدهما قبل الشراء تبطل المفاوضة •

---

(1) بدائع الصنائع ٧٨/٦ •

المبحث الثانى
الشركة الفاسدة

الشركة الفاسدة هى التى فاقها شرط من شروط الصحة فلا تفيد شيئاً مما ذكرنا من أحكام الشركة • وإنما يكون الربح فيها على قدر ما لكل منهما فى رأس المال ، ولا أجر لأحدهما على صاحبه عند أبى حنيفة • وقال الشافعى له أجره فيما عمل لصاحبه • والراجح مذهبنا ، لأنه استحق الربح بعمله فلا يستحق الأجر •

ومما ذكره فقهاؤنا من أنواع الشركات الفاسدة • الشركة فى المباحات ، كالاصطياد والاحتطاب ، وقد ذكرنا سابقا إن من شروط شركة العقد أن يكون العقد قابلا للوكالة وهذا النوع من الشركات لا يقبل الوكالة ، وهو شرط مفتقد فى هذا النوع ، لأن التوكيل فى أخذ المباح باطل ، والقول بفساد هذا النوع من الشركات هو مذهب الإمام الشافعى ومذهب مالك وأحمد على خلافه من حيث يريان جواز هذا النوع من الشركات ، لأنها شركة أبدان فتجوز كما فى شركة الصباغين •

وعلى ذلك فما جمعاه من هذه المباحات يقسمانه بينهما نصفين لاستوائهما فى سبب الاستحقاق ، وهو الأخذ والحيازة ، لأن هذه المباحات مما يملك بالاستيلاء والحيازة وما جمعه أحدهما أو أخذه منفردا فه وله ، لوجود السبب منه وهو الأخذ والحيازة • وإن أعانه الآخر فى الحمل بعد قلعه وجمعه من أحدهما فللمعين أجر مثله بالغا ما بلغ • لأنه استوفى منافعه

بعقد فاسد فلزمه أجر مثله على الكمال عند محمد من أصحابنا، وعند أبى يوسف له أجر مثله ، لا يجاوز به نصف ثمن الشئ المحاز ·

ومن صور ذلك أيضا : ما لو اشتركا فى السقاية بأجر ، وكان لأحدهما بغل ، وللآخر راوية من جلد أو غيره ، على أن يكون الكسب بينهما لا تصح الشركة ، والكسب كله للذى استقى وللآخر أجر مثل راويته إن كان العامل هو صاحب البغل ، وإن كان هو صاحب الراوية فله الكسب وعليه مثل أجر البغل، وسبب فساد الشركة هنا هو انعقادها على إحراز المباح وهو الماء ، وقد بينا أن هذا النوع من الشركات فاسد ·

وعلى قياس قول مالك وأجمد المتقدم ، ينبغى أن تجوز على ما اتفقا عليه (١).

ومن صور الفساد فى شركة الأبدان ما ذكره الكاسانى فى بدائعه حيث قال : إذا اشترك رجلان ولأحدهما بغل وللآخر بعير على أن يؤاجرا ذلك فما رزق الله تعالى من شئ فهو بينهما فآجراهما بأجر معلوم فى عمل معلوم وحمل معلوم أن هذه الشركة فاسدة ، ويقسم الأجر بينهما على مثل أجر البغل ومثل أجر البعير ، أما فساد الشركة فلأن الوكالة على هذا الوجه لا تصح · ألا ترى أن من قال لآخر : أجر بعيرك على أن تكون الأجرة بيننا لا تصح الوكالة ، وكذا الشركة ، ولأن الشركة لا تصح فى أعيان الحيوان فكذا فى منافعها ، وأما

(١) البناية ١٣١/٦ ·

قسمة الأجر بينهما على مثل أجر البغل ومثل أجر البعير فلأن الشركة إذا فسدت فالإجارة صحيحة ، لأنها وقعت على منافع معلومة ببدل معلوم ، ومن حكم الأجرة أن تقسم على قيمة المنافع كما يقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين · وإن لم يؤاجر البغل والبعير ولكنها تقبلا حمولة معلومة ببدل معلوم فحملا الحمولة على ذلك فالأجر بينهما نصفين ، لأن هذه شركة العمل ، لأن الحمل صار مضمونا عليهما بالعقد بمنزلة عمل الخياطة والقصارة ، فكان البدل بينهما على قدر الضمان ، وقد اساويا فيه فيتساويان فى الأجرة ، ولا عبرة بزيادة حمل البعير على حمل البغل (١).

حكم زكاة أحد الشريكين عن مال الآخر :

ليس لأحد الشريكين أن يؤدى زكاة مال الآخر إلا بإذنه ، لأن دفع زكاة صاحبه ليس من جنس التجارة ·

فإن أذن كل منهما لصاحبه فى أداء الزكاة عنه ، فأدى كل منهما عن الآخر فإما أن يؤديا معا أو على التعاقب : فإن أديا على التعاقب ضمن الثانى منهما سواء علم بأداء الأول أو لم يعلم · وعندهما : لا يضمن إذا لم يعلم ، وإن علم ضمن ·

وإن أديا معا ضمن كل منهما لصاحبه نصيبه الذى دفعه عنه · وعلى هذا الاختلاف المأمور بأداء الزكاة إذا تصدق على الفقير بعد ما أدى الآمر بنفسه ·

دليل الصاحبين : أنه مأمور بالتمليك من الفقير وقد أتى بما أمر به ، لأن فى وسعه التمليك من الفقير لا وقوع المال على

(١) بدائع الصنائع ٦٤/٦ ·

جهة الزكاة ، لتعلق ذلك بنية الموكل ، والمرء لا يكلف إلا بما في وسعه ، فلم يضمن الثانى للأول وإن لم يقع ما أداه زكاة ٠

ولأبى حنيفة أنه مأمور بأداء الزكاة ، والمؤدى في هذه الحالة لم يقع زكاة ، فصار المأمور مخالفا ، فلما لم يحصل المقصود من الأمر وهو اخراج الآمر من العهدة صار المأمور معزولا حكما علم أو لم يعلم ، لن العزل الحكمى لا يشترط فيه العزل ٠

الباب السابع
كتاب القسمة
الفصل الأول
التعريف بالقسمة وبيان ماهيتها

التعريف بالقسمة :

القسمة لغة : نصيب الإنسان من الشئ ، يقال : قسمت الشئ بين الشركاء أى أعطيت كل واحد نصيبه ٠

وشرعا : جمع نصيب شائع فى مكان معين ٠

وسبب القسمة : طلب الشركاء أو بعضهم الانتفاع بملكه على وجه الخصوص حتى لو لم يوجد منهم طلب لا تصح القسمة ٠ وإذا طلبها أحدهم وجب على القاضى إجابته على ذلك ٠

وركن القسمة : ما يحصل به الإفراز والتمييز بين النصيبين كالمكيل فى المكيلات والموزون فى الموزونات ، والزرع فى المزروعات ، والعدد فى المعدودات ٠

وشرطها : عدم فوات المنفعة بالقسمة ، فإن فاتت المنفعة بالقسمة لم تقسم كالحائط والحمام والبئر والرحى ، لأن الغرض المطلوب منها توفير المنفعة ، فإذا أدت إلى فواتها لم يجبر ٠

وحكمها : تعيين نصيب كل من الشركاء على حده ٠

مشروعية القسمة

القسمة فى الأعيان المشتركة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع ٠

١ ــ فأما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ **ونبئهم أن الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر** ﴾ [١] وقوله تعالى : ﴿ **لها شرب ولكم شرب يوم معلوم** ﴾ [٢] وذلك فى قصة ناقة صالح عليه السلام وشريعة من قبلنا شريعة لنا إذا لم ينكرها أحد ٠

وقال سبحانه وتعالى : ﴿ **وإذا حضر القسمة أولى القربى** ﴾[٣] ٠

٢ ــ **وأما السنة** : فإن النبى ﷺ باشرها فى الغنائم والمواريث ٠

٣ ــ **وأما الإجماع** فإن التوارث قد جرى بها من غير نكير من أحد من الأئمة فكان إجماعا ٠

ماهية القسمة :

تشتمل القسمة مطلقا سواء كانت فى المثليات أو القيميات على معنى الافراز ، وهو أخذ عين حقه ، والمبادلة وهى أخذ عوض عن حقه ٠

وبيان ذلك أن كل جزأين من العين المشتركة لا يتجزآن قبل القسمة لا يخلوان من أن أحدهما ملك أحد الشريكين والآخر

(١) سورة القمر الآية ٢٨ ٠
(٢) سورة الشعراء الآية ١٥٥ ٠
(٣) سورة النساء الآية ٨ ٠

ملك صاحبه دون تعيين ، فكان نصف العين مملوكا لهذا والنصف مملوكا لذاك على الشيوع ، فإذا قسمت بينهما نصفين والأجزاء المملوكة لكل واحد منهما شائعة غير معينة ، فتجتمع بالقسمة فى نصيبه دون نصيب صاحبه فلابد وأن يجتمع فى نصيب كل واحد منهما أجزاء بعضها مملوكة له ، وبعضها مملوكة لصاحبه على الشيوع ، فلو لم تقه القسمة مبادلة فى بعض أجزاء المقسوم لم يكن المقسوم كله ملكا للمقسوم عليه ، بل يكون بعضه ملك صاحبه ، فكانت القسمة منهما بالتراضى أو بطلبهما من القاضى رضا من كل واحد منهما بزوال ملكه عن نصف نصيبه بعوض هو نصف نصيب صاحبه ، وهذا هو معنى المبادلة ، وأما معنى الافراز فواضح فى حق الأجزاء المملوكة له بعد تجنيبها فى ملكه بالقسمة ٠ وعلى ذلك تكون القسمة افرازا لبعض الأنصباء ومعاوضة للبعض الآخر للضرورة ٠

ثم إن معنى المبادلة قد يظهر فى بعض الأعيان المشتركة أكثر من معنى الإفراز ، والعكس صحيح ٠

وبيان ذلك : أن القسمة قد تقع فى أموال متغايرة ومتجانسة ٠ أما المتغايرة فمثل الدور والأراضى المختلفة والثياب والدواب ونحو ذلك ٠ ففى مثل هذه الأموال تقع القسمة معاوضة فيها معنى الإفراز للتفاوت بين أبعاضها ، فلم يمكنه أخذ عين حقه ولا مثله ٠ وبناء على غلبة معنى المعاوضة فى هذا النوع فإن الشريك لا يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ، ولا يبيع حصته مرابحة بعد الشراء والقسمة ، لأنه ليس عين حقه ،

وليس من حق أحدهما أن يجبر الآخر على القسمة فى هذا النوع لتعذر المبادلة باعتبار فحش التفاوت ولو تراضوا على القسمة جاز ، لأن الحق لهم (١).

أما الأموال المتجانسة فإما أن تكون فى غير المكيل والموزون كالثياب والدواب وفى هذه الحالة يكون معنى المعاوضة أظهر كما بينا . وللقاضى بناء على طلب أحد الشركاء أن يقسم الأعيان المشتركة هذه إذا كانت متماثلة كخيل مع خيل ، أو بقر مع بقر ، ونحو ذلك بعكس الخيل مع الغنم ونحوه (٢) وهذا لأن فى قسمة هذه الأنواع معنى الافراز فى الجملة لتقارب المقاصد باتحاد الجنس أن الخيل يقصد بها الركوب ، والبقر يقصد منها اللحم وهكذا ، وإما أن تكون القسمة فى الأموال المتجانسة مما يجرى فيها الربا كالمكيل والموزون والمعدود المتقارب ، ومعنى الإفراز فى هذه الحالة هو الأرجح لعدم التفاوض بين أبعاضها ، ويكون المقسوم مثل حقه صورة ومعنى فأمكن أن يحصل عين حقه ، ولهذا جعل عين حقه فى القرض وقضاء الدين ، وبناء على ذلك فلأحدهما يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ، لأنه يأخذ عين حقه فلا يتوقف على رضاء الآخر . ولأحدهما أن يبيع نصيبه من القسمة

(١) وهذا إذا أمكنه الوصول إلى حقه ، وأما إذا لم يمكن الوصول إلى حقه بدون المبادلة يجب كما فى قضاء الديون .

(٢) فإن قيل إن معنى المبادلة ينافى الإجبار على القسمة ، فالجواب أن المبادلة مما يجرى فيه الجبر ، كما فى قضاء الدين ؛ فإنه يجبر عليه مع أنه يؤدى بدل ما فى ذمته . البناية ٨/٦١٠ .

مرابحة بنصف الثمن ، لأن نصيبه عين ما كان مملوكا له قبل القسمة (١) وعدم اشتراط الرضا من الشريك فى قسمة الأموال المتجانسة سببه أن الآبى متعنت ، لأن المنفعة بعد القسمة تبقى فلا يتضرر بها ، وأما إن كانت المنفعة لا تبقى بل يتضرر كل منهما بها لم يقسمه القاضى عليهما بغير تراض منهما ، كما فى الحمام المشترك والبيت الصغير والحائط ، ونحو ذلك مما يحتاج إلى الشق والقطع :

حكم القسمة مجازفة فيما يجرى فيه الربا :

من المعلوم أن الربا يجرى عند الحنفية فى المكيلات والموزونات وبناء عليه فلا تجوز القسمة فيه إلا بالكيل إن كان مكيلا أو بالوزن إن كان موزونا ، ولا تجوز القسمة فى هذه الأموال مجازفة كما لا يجوز بيعها مجازفة اعتبارا لمعنى المبادلة . وعلى ذلك فلو كان زرع مشترك بين رجلين فى أرض مملوكة لهما ، فأراد قسمة الزرع دون الأرض وقد سنبل الزرع لا تجوز القسمة ، لأن المجازفة فى بيع الأموال الربوية لا يجوز ، ولو أوصى بصوف على ظهر غنم لرجلين ، أو أوصى باللبن فى الضرع لهما لم تجز قسمته قبل الجز والحلب، لأن الصوف واللبن من الأموال الربوية ، فلا يحتملان البيع مجازفة . ولأجل معنى المبادلة فى القسمة يدخل فيها خيار العيب كما يدخل فى البيع ، كما يدخل فيها خيار الرؤية وخيار الشرط فى الرواية المفتى بها فى المذهب (٢).

(١) المرجع السابق ، مجمع الأنهر ٢/٤٨٨ .

(٢) البناية ٨/٦٠٩ .

الفصل الثانى

شروط القسمة [1]

وهى على أنواع : بعضها يرجع إلى القاسم ، وبعضها يرجع إلى المقسوم ، وبعضها يرجع إلى المقسوم له ٠

أ ـ **الشروط التى ترجع إلى القاسم** : وهى على نوعين : الأول شرط جواز ، والثانى شرط استحباب ٠

فأما شروط النوع الأول فهى :

١ ـ **العقل** : فلا تجوز قسمة الصبى والمجنون ، لأن العقل من شرائط أهلية التصرفات الشرعية ٠

فأما البلوغ : فليس بشرط لجواز القسمة ، حتى جازت القسمة من الصبى الذى يعقل القسمة بإذن وليه ٠ وأيضا فالإسلام ليس بشرط ، وكذا الذكورة ، والحرية ، وبناء عليه تجوز القسمة من الذمى والمرأة والمأذون ، لأن هؤلاء من أهل البيع فكانوا من أهل القسمة ٠

٢ ـ **الولاية** : فلا تجوز القسمة بدونهما ٠ والولاية على نوعين ، ولاية قضاء ، وولاية قرابة ٠ والشرط فى ولاية القضاء الطلب فيقسم القاضى الشئ المشترك عند طلب الشركاء كلهم أو بعضهم ٠ ولا يشترط ذلك فى ولاية القرابة : فيقسم الأب ووصيه والجد ووصيه على الصغير والمعتوه من غير طلب أحد ٠

(١) بدائع الصنائع ١٨/٧ ٠

والأصل فيه أن كل من كان له ولاية البيع فله ولاية القسمة، ومن لا فلا ٠ ولهؤلاء ولاية البيع فكانت لهم ولاية القسمة ٠

وأما شروط النوع الثانى الذى هو من شروط الاستحباب فمن شرائطه ما يأتى :

١ ـ أن يكون القاسم عدلا أمينا عالما بالقسمة ، لأنه لو كان خائنا غير عدل ، أو جاهلا بأمور القسمة لا يجوز ٠ لأن الأول يخاف منه الجور فى القسمة ٠ والجاهل يخاف منه ذلك أيضا ، لأن القدرة تعتمد على العلم بها ٠

٢ ـ أن يكون منصوبا من جهة القاضى ؛ لأن قسمة غيره لا تنفذ على الصغير وعلى الغائب ، والأفضل أن يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس من غير أجر عليهم لأن ذلك أرفق بالمسلمين ٠ ولأن القسمة من جنس عمل القضاء من حيث أنه يتم به قطع المنازعة فأشبه رزق القاضى من جهة أن منفعة نصب القاسم تعم العامة ، فتكون كفايته من مالهم ، أى فى بيت مال المسلمين ، من أجل أن الغرم بمقابل الغنم ، فإن لم ينصب القاضى قاسما يرزقه من بيت المال نصب قاسما بأجر على المتقاسمين ، لن النفع لهم على الخصوص فكان الأجر عليهم ٠ وفى هذه الحالة يقدر له القاضى أجر مثله كيلا يحكم بزيادة الأجر على قدر العمل ٠ ولئلا يطمع فى أموالهم ويتحكم فى الزيادة ٠

وليس من حق الحاكم أن يجبر الناس على استئجار قاسم معين ، لأنه لا جبر على العقود [1] لأن الحق لهم ، فإذا رضوا

(١) ويقسم أجر المثل على عدد الرؤوس للمتقاسمين عند الإمام ، لأن تمييز الأقل من الأكثر لتمييز الأكثر من الأقل فى المشقة ٠ وعندهما على قدر السهام ، لأنه مؤنة الملك فيقدر بقدره ٠ وبه قال الشافعى وأحمد وأصبغ من المالكية ٠ مجمع الأنهر ٤٨٩/٢ ٠

بمن يتولى حقهم جاز كما فى سائر الحقوق ، وعلى الحاكم أن يعين جماعة من القسام حتى لا يتحكم الواحد فى الزيادة ، ولكنهم لا يشتركون جميعا فى القسمة حتى لا تصير الأجرة غالية بتواكلهم • وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم إليه خوف الفوت ، فيرخص الأجر بسبب ذلك •

ويصح للشركاء أن يصطلحوا فيقتسموا المال المشترك دون الرجوع إلى القاضى ، لأن كلا منهم له ولاته على نفسه ، وفى القسمة معنى المعاوضة فتتم بالتراضى [١].

وإن كان فى الشركاء صبى قسم عليه وليه أو وصيه كالبيع وسائر التصرفات ، فإن لم يوجد أحدهما فلابد من أمر القاضى، لأن القاضى ولى من لا ولى له • وكذا الأمر فى المجنون والغائب [٢].

٤ ــ المبالغة فى تعديل الأنصباء والتسوية بين السهام بأقصى الإمكان ، لئلا يدخل قصور فى سهم ، وينبغى ألا يدع حقا بين الشريكين إلا ويقسمه إلا إذا لم يمكن ، وألا يضم نصيب أحد الشريكين إلى الآخر إلا إذا رضوا بذلك ، لاحتياجهما إلى القسمة ثانية •

٥ ــ أن يقرع بينهم بعد الفراغ من القسمة ، ويشترط عليهم قبول من خرج سهمه أولا فله هذا السهم من هذا الجانب من الدار ، ومن خرج سهمه بعده فله السهم الذى يليه ، وهكذا ثم يقرع بينهم ، لأن القرعة لا يتعلق بها حكم بل لتطبيب القلوب ولورود السنة بها ، ولأنها أنفى للتهمة فكانت من السنة•

(١) المرجع السابق ، البناية ٦١٣/٨ •
(٢) البناية ٦١٤/٨ •

ب ــ الشروط التى ترجع إلى المقسوم له : ومنها :

١ ــ أن لا يلحقه ضرر فى نوعى القسمة ، وهى قسمة الجبر بواسطة القاضى ، وقسمة الرضا وهى التى يفعلها الشركاء بالتراضى ، وبيان ذلك :

أن كلا من نوعى القسمة إما أن يكون قسمة تفريق وإما أن يكون قسمة جمع •

أما قسمة التفريق فإما أن يكون المقسوم مما لا ضرر فى تبعيضه بين الشريكين بل لهما فيه مصلحة ، وإما أن يكون فى تبعيضه مضرة •

فإن كان مما لا ضرر فى تبعيضه أصلا بل فيه منفعة الشريكين كالمكيل والموزون والعددى المتقارب فتجوز قسمة التفريق فيه قسمة جبر كما تجوز فيها قسمة الرضا • لتحقق ما شرع له القسمة وهو تكميل منافع الملك • وإن كان فى تبعيضه ضرر • فإما أن يكون الضرر واقعا على الشريكين وإما أن يكون الضرر واقعا على أحدهما وفيه مصلحة للآخر • فإن كان الضرر عليهما فلا تجوز قسمة الجبر فيه نحو اللؤلؤة الواحدة ، والياقوتة ، والثوب الواحد والسرج والمصحف والجبة والخيمة والحائط والحمام والبيت الصغير والحانوت الصغير ولا رحى والفرس والجمل والبقرة والشاة ، لأن القسمة فى هذه الأشياء قسمة إضرار بالشريكين جميعا ، والقاضى لا يملك الجبر على الإضرار ، وكذلك البئر والنهر والقناة والعين ، فإن كان مع أى من ذلك أرض قسمت وتركت البئر والقناة وما شاكلها على الشركة [١].

(١) بدائع الصنائع ١٩/٧ •

وإذا كان القاضى لا يملك قسمة الإجبار فى هذه الأشياء ، فإنها تجوز بتراضى الشركاء كما سبق وأسلفنا ، لأنهما يملكان الإضرار بأنفسهما ، هذا إذا وقع الضرر عليهما . فإن كان المقسوم مما فى تبعيضه ضرر بأحدهما دون الآخر ، كالدار المشتركة بين رجلين ولأحدهما فيها نصيب قليل . فإن طلب صاحب الكثير القسمة قسمت اجماعا . لأن القسمة فى حقه مفيدة لوقوعها محصلة لما شرعت له من تكميل منافع الملك ، وفى حق صاحب القليل نفع منعا له من الانتفاع بملك الغير ، إذ لا يقدر هو على الانتفاع بنصيبه القليل إلا بالانتفاع بنصيب صاحب الكثير فجازت ، وإن طلب صاحب القليل القسمة ففيه روايتان عندنا (١). هذا عن أوجه قسمة التفريق .

وأما قسمة الجمع فهى أن يجمع نصيب كل واحد من الشريكين فى عين على حده ، وهى جائزة فى الجنس الواحد ، ولا تجوز فى الأجناس المختلفة ، لأنها عند اتحاد الجنس تقع تكميلا لمنافع الملك فكانت وسيلة لما شرعت له . وعند اختلاف الجنس تقع تفويتا لمنافع الملك لا تكميلا لها .

إذا تقرر ما سبق فلا خلاف على أن المثليات المتساوية من المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة من جنس واحد تقسم قسمة جمع ، وكذا الثياب والحيوان إذا كانت كلها من جنس واحد لأن التفاوت بقسمة الجمع فى هذه قليل ، وما هو كذلك فهو ملحق بالعدم . أو يمكن جبره بالقيمة فيمكن تعديل القسمة فيه . ولا خلاف فى أنه لا يقسم (٢) فى جنسين من المكيل والموزون والعددى والمزروع قسمة جمع كالحنطة والشعير والقطن والحديد والجوز واللوز ، وكذا الخيل والبقر والغنم .

---

(١) بدائع الصنائع ٧/٢٠ .

(٢) المعنى أنه لا يجبر على القسمة بخلاف التراضى .

لأنها هذه الأشياء إذا قسمت بالجمع فإما أن تقسم باعتبار عينها، وإما أن تقسم باعتبار قيمتها بأن يضم إلى بعضها دراهم أو دنانير ، ولا سبيل إلى الأول ، لأن فيه إضرارا بأحدهما لكثرة التفاوت عند اختلاف الجنس ، والقاضى لا يملك الجبر على الضرر ، ولا سبيل إلى الثانى ، لأن ذلك قسمة فى غير محلها، لأن محلها الملك المشترك ولم يوجد فى الدراهم . ولو اقتسما بأنفسهما أو تراضيا على القسمة فى هذا النوع جازت القسمة .

٢ ـ وجود الرضا من الشركاء إن كانوا من أهل الرضا ، وإلا فالمعتبر رضا من يقوم مقامهم من الأب والوصى ، فإن لم يكن لهم ولى ولا وصى فاقتسموا كانت القسمة باطلة .

٣ ـ حضرة الشركاء أو من يقوم مقامهم فى نوعى القسمة. حتى لو كان فيهم كبير غائب لا تجوز القسمة أصلا ، وليس القاضى أن يقسم على الغائب إلا إذا وجد عنه خصم حاضر . ولكنه لو قسم لا تنتقض قسمته ، لأنه صادف محل اجتهاد فلا ينقض .

٤ ـ البينة فى قسمة القضاء فى حالة الإقرار بميراث عند أبى حنيفة ، وعندهما ليست بشرط ويقسم بإقرارهم .

جملة الكلام فى هذا الشرط أن جماعة إذا جاءوا إلى قاض وهم عقلاء بالغون أصحاء فى أيديهم مال فأقروا أنه ملكهم وطلبوا القسمة فهذا لا يخلو من وجهين : إما أن يقروا بالملك مطلقا ، وإما أن يقروا بالملك بسبب . فإن أقروا بالملك المطلق عن السبب قسم القاضى عليهم المال بإقرارهم ، منقولا كان أو عقارا إذا لم يكن فيهم كبير غائب ، لما ذكرنا سابقاً من اشتراط حضرة الشركاء جميعا أو من يقوم مقامهم ، ولم يوجد ذلك هنا لأن الخصوم لا يصلحون للقيام مقام الغائب .

وإن أقروا بالملك بسبب فإما أن يذكروا أن السبب هو الميراث أو الشراء • فإن أقروا بالميراث وكان المال منقولا قسم بينهم بإقرارهم بالاتفاق ، ولا تطلب منهم بينة • لأن قسمته نظرا لحاجته للحفظ ، إذ ان العروض يخاف عليها من التوى والتلف ، وفى القسمة تحصين وحفظ لها • ولأن المنقول مضمون على من وقع فى يده بعد القسمة ، وفى ذلك نظرا للميت [1].

وإن كان المال عقارا فلا يقسم عند أبى حنيفة حتى يقيموا البينة على موت فلان وعلى عدد الورثة ، وعند الصاحبين يقسم بينهم بإقرارهم ويذكر فى صك القسمة • أنه قسمها بقولهم ليقتصر الحكم بالقسمة عليهم ولا يتعدى إلى شريك آخر لهم ، وبهذا قال الشافعى •

وجه قول أبى حنيفة : أن القسمة قضاء على الميت ، والإقرار حجة قاصرة لا تتعدى إلى غير المقر ، فلابد من البينة ، والعقار محصن بنفسه فلا يحتاج إلى القسمة بخلاف المنقول لأنه غير محفوظ بنفسه ، هذا إذا أقروا بالملك بسبب الميراث ، فإن أقروا بسبب الشراء من فلان الغائب وكان المال منقولا قسم بينهم بإقرارهم بلا خلاف ، وإن كان عقارا يقسم بإقرارهم بالاتفاق فى ظاهر الرواية [2].

جـ ـ الشروط التى ترجع إلى المقسوم : وهى مجتمعة فى شرط واحد هو أن يكون المقسوم مملوكا للمقسوم له وقت القسمة ، فإن لم يكن مملوكا له لم تجز القسمة • لأن القسمة

---

(١) البناية ٦١٩/٨ •

(٢) وروى عن أبى حنيفة أنه لا يقسم إلا بالبينة كالميراث •

عبارة عن افراز ومبادلة ولا يصح ذلك إلا فى المملوك ، وعلى ذلك فلو استحقق العين المقسومة تبطل القسمة •

موجبات نقض القسمة

الذى يوجب نقض القسمة بعد وجودها أنواع منها :

١ ـ ظهور دين على الميت بعد مطالبة الغرماء بديونهم : وهذا إذا بم يقضى الورثة الدين من مال أنفسهم ولم يكن للميت مال سواه •

٢ ـ ظهور الوصية : حتى إذا اقتسموا ثم ظهر موصى له بالثلث نقضت قسمتهم ، لأن الموصى له شريك الورثة ، حتى إنه لو هلك شئ من التركة قبل القسمة هلك على الموصى له وعلى الورثة جميعا ، ويقسم الباقى بينهم على الشركة •

٣ ـ ظهور الوارث بعد القسمة ، حتى لو اقتسموا ثم ظهر أن ثمة وارث آخر نقضت قسمتهم •

الفصل الثالث

قسمة المهايآت

وهى قسمة المنافع . فبعد أن ذكرنا أحكام قسمة الأعيان ننتقل إلى بيان قسمة المنافع والفرق بين قسمة الأعيان وبين التهايؤ أن الأول يجمع المنافع فى زامن واحد ، والثانى يجمعها على التعاقب .

والمهايآة جائزة استحسانا ، وفى القياس لا تجوز لأنها مبادلة المنفعة بجنسها ، وهى واجبة إذا طلبها أحد الشركاء ، وجه الاستحسان هو الكتاب والسنة والمعقول (١).

١ ــ **فمن الكتاب** : قوله تعالى : **﴿ لها شرب ولكم شرب يوم معلوم ﴾** (٢).

٢ ــ **ومن السنة** : ما روى أن رسول الله ﷺ خرج إلى غزوة بدر مع أصحابه على نواضح المدينة ليس لهم ظهر غيرها ، فكان يخرج منهم الثلاثة على البعير الواحد بالتناوب ليس فيهم فارس غير مصعب بنى عمير والمقداد بن الأسود . وروى عن عقبة بن عامر الجهنى قال : كنا نتناوب فى إبل الصدقة على عهد رسول الله ﷺ " .

٣ ــ **ومن المعقول** : أن الأعيان خلقت للانتفاع ، فإذا كان الملك مشتركا كان الانتفاع مشتركا ، والمحل الواحد لا يحتمل الانتفاع على الاشتراك فى زمان واحد فيحتاج إليها تكميلا للانتفاع .

---

(١) البناية ٨/٦٨٣ .

(٢) سورة الشعراء من الآية : ١٥٥ .

واعلم أن التهايؤ قد يكون من حيث المكان كالدار الواحدة الكبيرة يسكن أحدهما فى ناحية ، والآخر فى ناحية أخرى ، وقد يكون من حيث الزمان كالدابة الواحدة يأخذها أحدهما يوما والآخر يوما ثانيا وهكذا .

ولا يشترط فى التهايؤ من حيث المكان أن يوقتا وقتا معلوماً ، لأن المهايأة فى هذه الحالة قسمة فتعتبر بقسمة العين، لأن التهايؤ فى هذا النوع افراز بجميع الأنصباء لا مبادلة (١) ، ولهذا فلكل واحد منهما أن يستقل بما أصابه بالمهايأة .

وأما التهايؤ الزمانى فى الدواب ونحوها ، أو فى بيت صغير يسكنه هذا شهر والآخر مثله ، فيترتب على جوازه أن يكون لكل واحد منهما أخذ الغلة فى نوبته ، وأن يستغله بما شاء من الاستغلال كالتأجير والانتفاع ونحو ذلك .

ولو اختلفا فى التهايؤ من حيث الزمان أو المكان والمحل يحتملهما يأمرهما القاضى أن يتفقا ، فإن ظلا على اختلافهما يقرع القاضى بينهما .

وتجوز المهايأة فى كل مختلفى المنفعة كسكنى الدار وزرع الأرض ، وكذا الحمام والدار ، لأن كل واحد من المنفعتين يجوز استحقاقها بالمهايأة . بخلاف الثمر واللبن والنتاج ، لأنها أعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها فلا حاجة إلى التهايؤ ، إذ المهايأة على المنافع لا على الأعيان .

---

(١) وسبب ذلك أن مبادلة المنفعة بجنسها غير جائزة عندنا .

صفة المهايأة :

المهايأة من العقود الجائزة غير اللازمة ، حتى لو طلب أحدهما قسمة العين بعد المهايأة قسم القاضى بينهما ، وفسخ المهايأة ، لأنها خلق عن قسمة العين ، وقسمة العين أصل . ولهذا لو طلب أحد الشريكين القسمة قبل المهايأة أجبره القاضى على القسمة ، فكان عقدا جائزا فاحتمل الفسخ كسائر العقود الجائزة [1].

ولا تبطل المهايأة بموت أحد الشريكين ولا بموتهما ، لأنه لو انتقض لاستأنفه الحاكم بناء على طلب الحى ، فلا فائدة إذا من النقض ثم الاستئناف .

(١) مجمع الأنهر ٢/٤٩٨ .

فهرس الموضوعات